Die rechtliche Natur des Eintritts in den Staatsdienst

bezw. der Übertragung eines Staatsamts.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Alfred Cassirer

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Brie.
Korreferent: Professor Dr. Dahn.

Brie, Dekan.

Meinen lieben Eltern zur silbernen Hochzeit.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Anschütz, Deutsches Staatsrecht. In v. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaften Bd. 2. 4. Aufl. 1903/04.
Arndt, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches 1901.
Bornhak, Preußisches Staatsrecht 1888—1890.
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte 1887—1892.
Gareis, Allgemeines Staatsrecht 1883.
Gaupp-Göz, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg. 3. Aufl. 1904.
Gierke in v. Holtzendorffs Rechtslexikon, Art. Gemeindebeamte.
Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet. 1808.
Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. 1905.
Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches. 4. Aufl. 1901.
Laband im Archiv für öffentliches Recht XVIII 1903 S. 73—84.
Löning, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1884.
Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. 1896.
Mayer im Archiv für öffentliches Recht III 1888 S. 1 ff.
Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 6. Aufl. 1905.
Meyer in Hirths Annalen 1888 S. 345 ff.
Mommsen, Abriß des römischen Staatsrechts. 1893.
Orelli, Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft. 1885.
Preuß, Das städtische Amtsrecht in Preußen. 1902.
Radnitzky, Parteiwillkür im öffentlichen Recht. Wien 1888.
Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht. In Hirths Annalen 1884/85.
v. Rönne-Zorn, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie Bd. 1. 5. Aufl. 1899.
Sarwey, Staatsrecht des Königreichs Württemberg. 1883.
Schulze, Deutsches Staatsrecht Bd. 1. 1881.
Schmitthenner, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts. 1845.
Seydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre 1873.
Seydel, Bayrisches Staatsrecht. 1884—1895.
Stein, Verwaltungslehre. Teil 1. 2. Aufl. 1869.
Tezner in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht XXI 1894 S. 107 ff.
Ulbrich, Lehrbuch des österreichischen Staatsrechts. Berlin 1883.
Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht. Göttingen 1841.

Einleitung.

Dogmengeschichtliche Darstellung der Begründung des Staatsdienstes.

„Das Prinzip des Staatsdienerrechts enthält den Grundgedanken der Auffassung des Staatsdienerverhältnisses, insofern aus ihm das rechtliche Verhalten des persönlichen Staatsdieners zum Staate in seinen einzelnen Punkten hervorgeht. Es ist daher innig mit der Entwicklung der Staatsidee verflochten." Dieses Wort Lorenz v. Steins[1]) gibt uns den Schlüssel zum Verständnis der Entwicklung, die das Staatsdienerwesen im Laufe der Jahrhunderte durchgemacht hat. In der Tat zeigt die Geschichte desselben, wie sehr es „die Selbständigkeit der organischen Staatsidee zur Voraussetzung hat", weil es „in diesem organisch ausgebildeten Bewußtsein Form und Quelle seines Rechts und seiner Kraft hat".[2]) Es ist bezeichnend für die Ausprägung, die die Staatsidee im alten Rom gefunden hat, daß es einen wohl ausgebildeten Beamtenorganismus besaß, während sich in Deutschland erst sehr spät die Anfänge dazu bemerkbar machten. Nur das römische Privatrecht wurde hier rezipiert. Die Idee, die der majestas populi Romani zugrunde lag und selbst in der Kaiserzeit nicht verloren gegangen war,[3]) blieb den germanischen Völkern fremd.

Daher ist es auch zur Ausbildung eines Beamtentums wie in Rom im fränkischen Reiche nicht gekommen. Die noch vorhandenen Volksbeamten gehen allmählich in den königlichen Beamten auf, deren Stellung genügend dadurch gekennzeichnet ist, daß sie ihren Ursprung

---

[1]) Verwaltungslehre I S. 343.

[2]) Stein a. a. O. S. 284.

[3]) vgl. Mommsen, Röm. Staatsrecht S. 81.

in der Gefolgschaft des Königs haben. Diese ist auch „die Wiege des germanischen Beamtentums".[1]) Das neunte Jahrhundert vollendet den Prozeß der Auflösung und Zersetzung. Das Lehnwesen hat sich des Amtes bemächtigt und es durch die Verbindung mit dem Grundbesitz auf eine privatrechtliche Basis gestellt. Schließlich war auch das Amt selbst zum Lehen geworden.[2]) Bis zum dreizehnten Jahrhundert wurden die Ämter ausschließlich durch den Lehnsmann oder den Ministerialen versehen, waren also an den Grundbesitz gebunden bezw. an die Zugehörigkeit zum Hofstaat. Dabei war natürlich die Bildung eines Staatsdienerstandes ausgeschlossen.

Erst das Jahr 1235[3]) brachte mit der Einrichtung des Amtes eines ständigen Hofrichters die ersten Anfänge eines Beamtentums. Es taucht wieder die schriftliche Bestallung auf, die schon zur Zeit der Merowinger bei der Ernennung der höheren Provinzialbeamten vorgekommen, dann aber durch den Lehnsbrief verdrängt worden war.[4]) Und das Beamtenverhältnis erhält diejenige Gestaltung, welche für dasselbe typisch ist. Die Ordnungen des Kammergerichts, dessen Errichtung einen weiteren Fortschritt bedeutet, lassen das in der Stellung des Gerichtspersonals deutlich erkennen.[5])

Zur selben Zeit steuert auch die Entwicklung in den Territorialstaaten auf dieses Ziel los. Hier ist es die Ausbildung der Landeshoheit und die Aufhebung des Leihezwanges, die die Entstehung des landesherrlichen Dienertums begünstigen. Aber wie diese nur auf das Streben der Landesherren zurückzuführen ist, eine Konzentration ihrer Gewalt durch Ernennung leicht absetzbarer, von ihrer Person abhängiger Diener herbeizuführen, so wurde auch für das Dienstverhältnis dieser Beamten ihre rein persönliche Stellung zu dem Herrn, dem Fürsten, maßgebend.[6])

Diese Auffassung fand ihre Stütze in der privatrechtlichen Gestaltung, in welcher die Beziehungen des Fürsten, des dominus terrae, zum Territorium zum Ausdruck kamen. Es ist die Zeit des Patri-

---

[1]) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I S. 143.
[2]) vgl. Brunner a. a. O. II S. 82.
[3]) Für die folg. Darstellung vgl. Rehm in den Annalen 1884 S. 568 ff.
[4]) vgl. Brunner a. a. O. II S. 79.
[5]) vgl. Rehm a. a. O. S. 570.
[6]) vgl. Rehm a. a. O. S. 572.

monialstaats, da Land und Leute als im Eigentum des Fürsten stehend betrachtet wurden, und eine andere Abhängigkeit des Beamtentums als die von der Person des Landesherrn undenkbar erschien.

Die Stellung der landesherrlichen Bedienten, wie man sie nannte, ist dementsprechend nicht schwer zu bestimmen. Man lernt sie kennen aus den noch erhaltenen Bestallungen jener Zeit, welche klar zum Ausdruck bringen, daß wir in ihnen einfache Dienstverträge, wie sie jeden Tag im Privatverkehr abgeschlossen werden, vor uns haben. „Wir usw. bekennen, daß wir uns dato mit unserem lieben, getreuen N. N. vereinigt und vertragen" ist keine seltene Formel in den die beiderseitigen Verpflichtungen meist vollständig aufzählenden Urkunden.[1]) Allmählich bildete sich für sie eine bestimmte Form aus, als nämlich der Kreis der landesherrlichen Bedienten mit den steigenden Anforderungen der Verwaltungstätigkeit in den Territorien immer größer wurde. Und jetzt, im 17. Jahrhundert, finden wir diese auch zum erstenmal in einem wissenschaftlichen Werk erwähnt, in Veit Ludwig v. Seckendorfs Teutschem Fürstenstaat aus dem Jahre 1656.[2])

Man fing also bereits an, dem Beamtenstand Beachtung zu schenken. Was konnte dies veranlaßt haben, da doch seine rechtliche Stellung keinem Zweifel unterlag?

Man ahnte, daß der Vertrag zwischen dem Diener und dem Herrn doch nicht so einfacher Natur sei, und daß für ihn besondere Normen maßgebend sein müßten, die die Lage des Bedienten gegenüber seinem Dienstherrn verbessern würden. Denn infolge der Umwälzungen, welche die Entwicklung der Landeshoheit zur modernen Staatsgewalt im 17. Jahrhundert herbeigeführt hatte, war auch die Stellung der Beamten zu dem absoluten Herrscher eine andere geworden, die in dem schwer mit einem einfachen privatrechtlichen Dienstvertrage zu vereinigenden freien Entlassungsrecht des Fürsten zutage trat.[3])

Aber da die Rechtsgelehrten sich noch nicht zur Erkenntnis des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses durchgerungen hatten, dokterten sie an dem Dienstvertrage herum, ohne an seiner privatrechtlichen

---

[1]) vgl. Bornhak, Preuß. Staatsrecht II S. 5.

[2]) vgl. Rehm a. a. O. S. 574.

[3]) vgl. Bornhak a. a. O. S. 7.

Grundlage zu rütteln. Man ging also dabei von dem rein praktischen Gesichtspunkt aus, ob das Dienstverhältnis von seiten des Fürsten wie des Dieners frei kündbar sei. Die Beantwortung dieser speziellen Frage mußte notwendig zu einer Untersuchung des gesamten Rechtsverhältnisses führen. Und nun begann der Streit darüber, ob man ein Mandat vor sich habe, oder ein Prekarium, oder einen Dienstmietevertrag. Als auch diese Theorien nicht mehr befriedigten, kam man auf den Innominatkontrakt, einen zum Vertrage gewordenen Privilegium, und endlich auf einen besonders gearteten Staatsdienstvertrag.

In diesem Für und Wider der Ansichten treten bereits bemerkenswerte Gesichtspunkte hervor, die für die weitere Behandlung dieser Materie von Wichtigkeit werden sollten. 1678 stellt Myler v. Ehrenbach[1]) zum erstenmal den Satz auf, daß für den Untertan eine Pflicht bestehe, Staatsämter zu übernehmen, und legt damit den Grund zu der Doktrin, die später den privatrechtlichen Dienstvertrag verdrängen sollte.[2]) Ihm folgt Justus Hennig Böhmer, der noch einen Schritt weitergeht in der Erkenntnis der öffentlich-rechtlichen Stellung des Beamten, indem er gleich Pufendorf ministri publici und privati unterscheidet, das Beamtenrecht als einen Teil des Staatsrechts bezeichnet und meint, daß sich der princeps dem subditus gegenüber nicht rechtlich verpflichten könne.[3]) Die Naturrechtsschule brachte wieder eine wesentliche Förderung der Theorien. Ihr ist vor allem das Erwachen der Staatsidee zu danken, ein Fortschritt, der für die rechtliche Stellung des Beamten von größter Bedeutung werden mußte. Aber so wenig sich die Idee des organischen Staatswesens in der Praxis des absolutistischen Staates selbst unter einem Friedrich dem Großen, der sich als der erste Diener seines Staates bezeichnete, mit allen ihren Konsequenzen durchzusetzen vermochte, so wenig vermochte sie auf die wissenschaftliche Behandlung des Beamtenverhältnisses einen tiefgehenden Einfluß auszuüben. Erst als die Staatslehre Rousseaus ihren Siegeszug durch Europa hielt, da brach man auch hier endgültig mit der Anschauung des Patrimonialstaates.

---

[1]) Myler, Hyparchologia cap. IV § 21.

[2]) Rehm S. 583 bezeichnet Leyser als den ersten Vertreter dieser Ansicht, obwohl dessen Schrift meditationes ad pandectas erst 1717 erschien.

[3]) Böhmer, dissertatio de jure principis in dimittendis ministris 1716.

Der unbekannte Autor eines Aufsatzes in Schlözers Staatsanzeiger Heft 29 (1785) ist der erste, der den Beamten in direkte Beziehung zum Staate setzt. Bei ihm kommt daher auch zum erstenmal das Wort „Staatsdiener" vor. Weiter führt er, auf Böhmer zurückgehend, den Unterschied zwischen der rechtlichen Stellung des Staatsdieners und dem Bedienten eines Privatmannes zielbewußter und konsequenter durch als sein Vorgänger.

Die Kodifikation des Beamtenrechts im allgemeinen Landrecht zeigt schon durch die Überschrift des betreffenden Titels: „Von den Rechten und Pflichten der Diener des Staats" an, daß es mit dem Begriff des landesherrlichen Bedienten endgültig vorbei war. Und die Reformen Steins und Hardenbergs beweisen, daß trotz der noch vorläufig beibehaltenen Form des Absolutismus an seine Stelle das durchaus publizistische Verhältnis des Beamten zum Staat als organisches Gemeinwesen getreten ist.[1])

Dieser Umschwung macht sich auch immer mehr in der Wissenschaft bemerkbar. Bei J. M. Seufferts Anstellungsvertrag[2]) kann man bereits zweifelhaft sein, ob man ein Gebilde des Staatsrechts oder des Privatrechts vor sich habe;[3]) wie dieser Schriftsteller auch keinen Namen für seinen Vertrag angeben kann, weil er sich nicht unter die allgemeinen Kontraktsformen des gemeinen oder des deutschen Rechts unterbringen läßt. Rein zum Ausdruck kam aber erst die staatsrechtliche Natur des Staatsdienstes in Nikolaus Thaddäus Gönners Schrift „Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet".

Hier finden wir zum erstenmal alle privatrechtlichen Elemente, die bisher der Staatsdiensttheorie angehaftet hatten, vollständig ausgemerzt, wogegen die Entstehung des Staatsdienstes allein auf die allgemeine Untertanenpflicht gegründet wird. Aber während die früheren Vertreter des Grundsatzes von der Dienstverpflichtung der Untertanen es immer noch fertig gebracht hatten, diese mit einem Vertrage in die schönste Harmonie zu bringen, vollzog Gönner auch in dieser Be-

---

[1]) vgl. Preuß, Amtsrecht S. 53.

[2]) J. M. Seuffert, Vom Verhältnis des Staats und der Diener des Staats usw., Würzburg 1793.

[3]) vgl. Löning, Verwaltungsrecht S. 113 Note 6; gegen ihn Rehm a. a. O. S. 621.

ziehung einen radikalen Bruch mit der Tradition. Er verwarf die Lehre vom privatrechtlichen Vertrage und ließ, konsequenter als seine Vorgänger, die aktive Dienstpflicht durch einen einseitigen Akt der Staatsgewalt entstehen. Damit schuf er diejenige Theorie, die noch heute die herrschende ist.

Zunächst fanden sich aber auch noch einige Vertreter des privatrechtlichen Vertrages, da man sich mit dem der deutschen Rechtsanschauung widerstreitenden staatlichen Zwangsrecht Gönners nicht recht befreunden konnte. Sie schlossen sich zum größten Teil an Franz Arnold von der Becke,[1]) welcher noch vor dem Auftreten Gönners der von Seuffert behaupteten Dienstpflicht aller Untertanen entgegengetreten war und den Staatsdienst durch einen besonderen deutschrechtlichen Dienstvertrag hatte entstehen lassen. Andere gingen ihren eignen Weg und nahmen wieder die Theorie des Mandats, des Dienstmietvertrags, des Innominatkontrakts auf oder stellten neue Theorien auf, wie die einer donatio sub modo oder die eines doppelten Vertrages.[2]) Der Vertreter des letzteren, Meisterlin, hat sogar das besondere Verdienst, zuerst auf den Unterschied zwischen dem Eintritt in den Staatsdienst und der Übertragung eines Staatsamtes hingewiesen zu haben: Das erstere ist ihm ein Dienstvertrag, das andere ein Mandatsvertrag.[3]) Zu beachten ist aber jedenfalls, daß auch diese Schriftsteller das Beamtenverhältnis nicht mehr als ein rein privatrechtliches betrachten, sondern auch dem Staatszweck eine große Bedeutung bei ihren Betrachtungen einräumen.

An Gönner knüpft wieder Karl Salomo Zachariä an, ihm folgen Hefter, Dahlmann und Perthes. Die späteren Jünger Gönners trennen sich von ihm in einer Frage, die eigentlich für ihn erst die unmittelbare Veranlassung zur Aufstellung seiner Theorie vom einseitigen Staatsakt gewesen war. Sie erkennen ein Recht des Staates, von den Untertanen den Eintritt in den berufsmäßigen Staatsdienst verlangen zu dürfen, entweder überhaupt nicht an oder beschränken es auf den Fall eines Notstandes. Ihre Theorie basieren sie vielmehr ausschließlich darauf, daß der Staatsdienst öffent-

---

[1]) von der Becke, Von den Staatsämtern und Staatsdienern, Heilbronn 1797.

[2]) vgl. Rehm a. a. O. S. 651 ff.

[3]) Meisterlin, Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen, Kassel 1838.

licher Natur ist, wenn auch, wie einige meinen, gewisse Ansprüche des Beamten als privatrechtliche angesehen werden müßten. Da man den Staatsakt nicht mehr als Ausfluß eines einzelnen Hoheitsrechtes betrachtete, sondern die Staatsgewalt als allumfassend erkannt hatte, durfte man auf jede weitere Motivierung verzichten. Diese Lehre wurde begründet von Heinrich Albert Zachariä,[1]) sie erwarb sich zahlreiche Anhänger wie Zöpfl, Bluntschli, Pözl, Rönne, Gerber, Grotefend, Stein und kann als die herrschende bezeichnet werden.

Auf der anderen Seite aber steht eine neue Theorie, die, von Schmitthenner[2]) begründet, gerade in unseren bedeutendsten Staatsrechtslehrern Verteidiger gefunden hat, nämlich die des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Sie betont die Freiwilligkeit bei der Eingehung des Staatsdienstverhältnisses und bedeutet insofern die Reaktion auf die Überspannung des Prinzips von dem Zwangsrecht des Staates. Sie wird ferner von der Erkenntnis getragen, daß „auf dem Gebiete des Staatsrechts zahlreiche Begriffe wiederkehren, welche ihre wissenschaftliche Feststellung und Durchbildung zwar auf dem Gebiete des Privatrechts gefunden haben, welche ihrem Wesen nach aber nicht Begriffe des Privatrechts, sondern allgemeine Begriffe des Rechts sind".[3])

So wurde der öffentlich-rechtliche Vertrag von Seydel und Laband zur Erklärung der Entstehung des Staatsdienstverhältnisses in das Staatsrecht eingeführt.[4]) Er fand sich modifiziert bei Welcker und Sarwey, die unter seinen Wirkungen sowohl staatsrechtliche wie privatrechtliche entdeckten und ihm daher den Namen eines gemischten Vertrages gaben.[5])

Jedenfalls spielt sich heute der Kampf um die rechtliche Beurteilung des Begründungsaktes des Staatsdienstes zwischen den beiden Theorien des einseitigen Hoheitsaktes und des öffentlich-rechtlichen Vertrages ab. Es wird zu untersuchen sein, welcher von beiden der Vorzug zu geben ist.

---

[1]) H. A. Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht II §§ 133, 134.

[2]) Schmitthenner, Grundlinien S. 498 ff.

[3]) Aus dem Vorwort zur 1. Aufl. von Labands Staatsrecht 1876.

[4]) Seydel, Grundzüge S. 59 ff.; Laband, Staatsrecht I S. 402.

[5]) Rottecks und Welckers Staatslexikon Bd. 13 S. 577 ff.; Sarwey, Württ. Staatsrecht II S. 276.

§ 1.

Sind Staatsdienst und Staatsamt identische Begriffe?

Ehe wir zur eigentlichen Erörterung unseres Themas übergehen, wollen wir zunächst sehen, ob der Eintritt in den Staatsdienst und die Übertragung eines Staatsamtes identisch sind. Sagt doch z. B. Stein[1]) ausdrücklich: „Die Verwaltung des einzelnen Amtes durch die einzelne Persönlichkeit nennen wir den Staatsdienst." Wenn diese Definition richtig wäre, ließe es sich gar nicht erklären, wie es auch Staatsdiener ohne Amt geben könnte. Daß aber solche tatsächlich vorkommen, kann an zahlreichen Beispielen bewiesen werden. Da ist zunächst an die Fälle zu denken, in denen ein Staatsdiener zur Disposition gestellt wird.[2]) Denn er hat damit nicht aufgehört Beamter zu sein, die Disziplinargesetze finden auf ihn Anwendung wie vorher, und die Besoldung erfolgt, wenn zum Teil auch im geminderten Betrage, weiter. Ferner an die, in welchen jemand zwar zum Beamten ernannt wird, die Übertragung eines Amtes aber noch vorbehalten bleibt oder seine Beschäftigung im Vorbereitungsdienst geschieht, wie z. B. bei den Referendarien.[3]) Wenn Zorn dagegen meint, daß das Dienstverhältnis ohne Amt stets nur eine vorübergehende und durch besondere Verhältnisse verursachte Ausnahme sei,[4]) so hat er damit nicht die Tatsache aus der Welt geschafft, daß das Amt für den Begriff Staatsdienst nicht charakteristisch ist. Wenn er aber ferner, wie Schulze sagt, nur der Beamte im Amt sei Staatsdiener im vollen Sinne des Wortes,[5]) so macht er damit einen Unterschied zwischen Beamten im vollen und weniger vollen Sinne, der dem Gesetze vollkommen fremd ist.

---

[1]) a. a. O. I S. 342.

[2]) vgl. Entsch. preuß. OVG. Bd. 20 S. 127. Auch der dauernd in den Ruhestand versetzte Beamte bleibt Beamter (vgl. ReichsbGes. § 19). Dagegen können der suspendierte und der beurlaubte Beamte hier nicht angeführt werden, weil diese ihr Amt nie verloren haben, sondern es nur zeitweilig nicht ausüben. Anders Laband.

[3]) vgl. Laband a. a. O. I S. 402.

[4]) v. Rönne-Zorn, Preuß. Staatsrecht S. 420.

[5]) a. a. O. S. 421; Schulze, Staatsrecht I S. 318.

Neuestens hat dann auch Preuß[1]) die Berechtigung der „scharfen begrifflichen Scheidung zwischen der Amtsführung und dem Dienstverhältnis“ geleugnet und zur Rechtfertigung auf den Ehrenbeamten hingewiesen, bei dem Diensteintritt und Amtsübertragung ebenso wie ihre Beendigung regelmäßig zusammenfallen. Das letztere ist natürlich zuzugeben, ja noch zu bemerken, daß auch beim Berufsbeamten Ernennung zum Staatsdiener und Beauftragung mit einem bestimmten Amte oftmals zu einem Akt verbunden werden. Wenn Preuß aber daraus schließt, daß das Auseinanderfallen von Dienstverhältnis und Amtsführung lediglich eine Folge der Berufsmäßigkeit ist, so hat er damit nur insofern Recht, als die Anwendung der allgemeinen Regeln über Besoldung und Versetzung in den Ruhestand auf das Ehrenamt infolge seiner besonderen Natur ausgeschlossen ist. Und man kann hinzufügen, daß die regelmäßige Berufung des Berufsbeamten auf eine bestimmte Stelle auch nur aus Zweckmäßigkeitsgründen und aus fiskalischen Interessen, nämlich mit Rücksicht auf die im Gesetz festgestellte Anzahl der zu besetzenden Staatsdienststellen erfolgt.[2]) Einen Beweis dafür, daß die Distinktion Labands unrichtig ist, hat Preuß indes nicht erbracht. Andererseits gibt er ja selbst zu, daß es Ämter gibt, die nicht von Beamten verwaltet werden, wie z. B. das Amt des Geschworenen und Schöffen.[3]) Daraus folgt doch aber nur, daß Amt und Beamter nicht synonyme Begriffe sein können, wie sie auch unser Strafgesetzbuch in den §§ 31 Abs. 2 und 359 streng auseinander hält. Noch mancherlei andere Beweise lassen sich für diese Behauptung anführen. So ist z. B. die Ableistung des Diensteides ebenso wie die Hinterlegung der Kaution wohl für die Übernahme eines Amtes, nicht aber für die Bestellung als Beamter Voraussetzung.

Otto Mayer nun gibt zu, daß öffentliche Dienstpflicht und öffentliches Amt begrifflich verschiedene Dinge sind, aber er behauptet: kein öffentliches Amt ohne öffentliche Dienstpflicht![4]) Das Beispiel, auf das er sich hierbei beruft, ist die Stellung derjenigen Personen, welche in einem zivilrechtlichen Dienstverhältnis zum Staat oder einem

---

[1]) a. a. O. S. 74.
[2]) vgl. Rehm, Ann. 1885 S. 166.
[3]) a. a. O. S. 72.
[4]) O. Mayer, VerwR. II S. 200, 201.

Privaten stehen und denen polizeiliche Befugnisse übertragen sind.[1] Laband hatte von ihnen gesagt, daß sie wohl ein Amt hätten, aber in keinem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Staate ständen.[2] Und Mayer behauptet nun, daß zugleich mit der Übertragung des Amtes wie bei dem Ehrenbeamten die öffentlich-rechtliche Dienstpflicht begründet würde. Zwei Dinge unterstützen scheinbar seine Argumentation, nämlich der Sprachgebrauch und die Judikatur der Gerichte. Aber der erstere bezeichnet ja auch die Privatbeamten als Beamte, ohne daß jemand sagen könnte, sie ständen in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Und die Rechtsprechung wendet allerdings den § 359 StGB., der nur auf Reichs- und Staatsbeamte anwendbar ist, auf die von Mayer angeführten Personen an. Hier ist aber doch zu erwägen, ob nicht unsere Gerichte diesen Schutz mehr aus dem instinktiven Wunsche heraus gewähren, den Beamten von Privateisenbahnen usw. bei Ausübung der polizeilichen Befugnisse eine Unterstützung zuteil werden zu lassen, als infolge strikter Auslegung der Gesetzesbestimmung.[3] In der Tat weist hier der § 359 des StGB. eine Lücke auf. In Österreich hat man es für nötig befunden, in § 68 des österr. StGB., der den Staatsbeamten den besonderen strafrechtlichen Schutz gewährt, das beeidete Forstaufsichtspersonal, die Aufsichts- und Betriebsbeamten der öffentlichen Eisenbahnen ausdrücklich zu erwähnen, und im § 153 wird den öffentlichen Funktionären überhaupt ohne Rücksicht darauf, ob sie Staatsdiener im technischen Sinne sind oder nicht, ein erhöhter strafrechtlicher Schutz zugesichert.[4] Dies entspricht einem allgemeinen Bedürfnis und hätte auch in unserem Strafgesetzbuch berücksichtigt werden müssen. Aber auch wenn dies geschehen wäre, wären die Privatangestellten mit obrigkeitlichen Funktionen nicht zu Beamten geworden.[5] Unsere Rechtsprechung in dieser Frage bedeutet nichts weiter als eine petitio principii.

Wir haben also gegenüber Mayer noch einmal festzustellen, daß Amtsverhältnis und Dienstverhältnis **nicht** zusammenfallen: Dienst-

---

[1] O. Mayer a. a. O. II S. 215 ff.

[2] Laband a. a. O. I S. 404 N. 2.

[3] vgl. übrigens Entsch. OVG. Bd. 2 S. 175, wo unser Standpunkt vertreten ist.

[4] vgl. Ulbrich, Österr. Staatsrecht S. 181.

[5] Ebenso Meyer, Staatsrecht S. 496 N. 4.

pflicht ist keine Amtspflicht. Allerdings erfolgt die Anstellung im Staatsdienst zum Zwecke der Übertragung eines Staatsamtes, woraus folgt, daß der Beamte andere als amtliche Geschäfte nicht zu besorgen hat. Aber mit dem Eintritt in den Staatsdienst entsteht nur die Dienstpflicht, erst mit der Übertragung eines Amtes wird sie zur Amtspflicht. Es ist wohl nicht zu weit gegangen, wenn man annimmt, daß Laband, der zuerst diese Unterscheidung eingehend entwickelt hat, dadurch zu der Ansicht gekommen ist, daß, wenn die Begründung der Dienstpflicht und die der Amtspflicht zwei rechtlich getrennte Vorgänge sind, sie auch in ihrem Wesen verschieden sein müßten. Wir werden sehen, wie weit dies der Wirklichkeit entspricht.

§ 2.

Begriffsbestimmung des Staatsdienstes.

Wir beschäftigen uns also zunächst mit dem Eintritt in den Staatsdienst. Dazu ist es notwendig, vor allem festzustellen, was unter dem Staatsdienst zu verstehen ist — eine Untersuchung, welche für die Behandlung unserer Frage von größter Wichtigkeit ist, ja sie sogar zum Teil schon entscheidet. Gehen wir also von dem Worte selbst aus[1]): Es ist ein dem Staate geleisteter Dienst. Nun bezeichnet aber das Wort Staatsdienst nicht nur eine Dienstleistung, sondern auch ein Dienstverhältnis, und gerade dieses ist es, welches man im Auge hat, wenn von dem Eintritt in den Staatsdienst die Rede ist. Wir definieren also: Ein Dienstverhältnis zum Staate, kraft dessen diesem Dienste geschuldet werden. Doch Gesetz, Rechtswissenschaft und gewöhnlicher Sprachgebrauch belehren uns darüber, daß nicht jeder Dienst, welcher dem Staate geleistet wird, ein Staatsdienstverhältnis zur Voraussetzung hat. Denn dieses begründet ein besonderes Gewaltverhältnis des Staates über denjenigen, welcher in seinem Dienste steht, und setzt eine ausdrückliche Anstellung voraus.

Es liegt auf der Hand, daß wir demzufolge zunächst alle die Personen ausscheiden müssen, welche dem Staat auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages verpflichtet sind. In diesem Falle stehen sich nämlich die Kontrahenten völlig gleichberechtigt gegenüber und es

---

[1]) vgl. Rehm, Ann. 1884 S. 565 ff.

entsteht nichts als ein Forderungsrecht des Staates auf Erfüllung der versprochenen Dienstleistung und des Dritten auf die Gegenleistung. Von der Begründung eines Gewaltverhältnisses, wie es für den Staatsdienst wesentlich ist, kann nicht die Rede sein.[1]) Das sächsische Staatsdienergesetz vom 7. 3. 1835 spricht dies ausdrücklich aus, indem es zu den Staatsdienern nicht diejenigen rechnet, welche „mit der Staatsverwaltung in dem besonderen Kontraktsverhältnis eines Pacht-, Miet- und Gedingekontrakts stehen".[2]) Wenn demgegenüber Löning behauptet: „Auch Personen, welche in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zu dem Staate stehen, können Beamte sein, wenn ihnen die Vollziehung staatlicher Funktionen übertragen ist",[3]) so erledigt sich dieser Einwurf damit, daß diese Personen, wie schon oben S. 10 in der Polemik gegen Mayer ausgeführt wurde, nur ein öffentliches Amt bekleiden, aber keine Staatsbeamte sind. Auch Mayer gibt übrigens zu, daß Lönings Satz unrichtig ist, er ist nur der Ansicht, daß neben dem privatrechtlichen Dienstverhältnis zu dem eigentlichen Dienstherrn ein öffentlich-rechtliches zum Staate besteht.[4]) Daß überhaupt nicht die Art der Dienste maßgebend dafür sein kann, ob ein Staatsdienstverhältnis vorliegt oder nicht, ist leicht einzusehen, wenn man überlegt, daß der Staat dieselben Geschäfte sowohl von seinem Beamten wie von einem Privatunternehmer vornehmen lassen kann.[5]) Wir haben also daran festzuhalten, daß ein Staatsdienstverhältnis durch einen privatrechtlichen Vertrag mit dem Staate nicht begründet wird.

Ebensowenig ist dies der Fall, wenn Dienste dem Staate unmittelbar auf Grund der allgemeinen Untertanenpflicht geleistet werden. Zur Abgrenzung dieser Leistungen gegenüber denen aus einem Staatsdienstverhältnis sind verschiedene Momente als charakteristisch angeführt worden. Da findet sich zunächst bei den älteren Staatsrechtslehrern fast durchweg als solches die Besoldung. Zu diesem Irrtum hat wesentlich der Umstand beigetragen, daß einige Staatsdienergesetze wie z. B. das königl. sächs. Staatsdienergesetz § 1 und ebenso die

---

[1]) vgl. RGE. in Zivilsachen Bd. 28 S. 85.

[2]) vgl. Rehm, Ann. 1885 S. 158.

[3]) Löning a. a. O. S. 115.

[4]) Mayer, VerwR. II S. 216 Nr. 20.

[5]) Laband a. a. O. I S. 404 Nr. 1 führt als Beispiel die Ausführung eines Baues durch einen Regierungsbaumeister bezw. einen Bauunternehmer an.

verschiedener thüringischer Staaten die unbesoldeten Staatsdiener von ihren Bestimmungen ausgeschlossen haben.[1]) Allein unser Staatsdienst weist so viele Personen auf, die unzweifelhaft Beamte sind und trotzdem kein Gehalt beziehen, daß die Besoldung unmöglich Kriterium des Staatsdienstes sein kann. Hier genüge der Hinweis auf die unbesoldeten Assessoren, Gymnasiallehrer und auf die im auswärtigen Dienst des Reiches unentgeltlich beschäftigten Attachés. Andererseits erhalten die Soldaten, welche in Erfüllung der gesetzlichen Dienstpflicht dienen, Sold, und ebenso empfangen die Mitglieder vom Reich eingesetzter Kommissionen Remunerationen, ohne Reichsbeamte zu sein.[2])

Aber daß man überhaupt behaupten konnte, die Besoldung wäre ein wesentliches Erfordernis für den Begriff des Staatsdienstes, hängt damit zusammen, daß man auf den Staatsdienst als Lebensberuf des Staatsdieners entscheidendes Gewicht legte. „Nur auf die besoldeten berufsmäßigen Beamten finden alle Konsequenzen des Staatsdienerrechts volle Anwendung.“ [3]) Dadurch sucht man der unbequemen Tatsache zu begegnen, daß es tatsächlich viele Beamte gibt, deren Zeit und Kräfte, wie das Reichsbeamtengesetz im § 38 sagt, durch die ihnen übertragenen Geschäfte nur nebenbei in Anspruch genommen werden. Aber hier handelt es sich gar nicht um die Frage, ob auf diese Personen wie überhaupt auf bestimmte Beamtenkategorien, z. B. die Richter, besondere Bestimmungen anwendbar sind, während die Anwendung anderer auf sie ausgeschlossen ist. Der Staat kann, wie Bornhak richtig bemerkt, ein großes Interesse daran haben, daß gewissen Beamtenkategorien die Annahme eines Nebenamtes oder der Betrieb eines Gewerbes entweder ganz untersagt oder nur auf Grund spezieller Erlaubnis gestattet wird. Es wird dies ein Erfordernis politischer Zweckmäßigkeit sein. Bei anderen Beamten kann aber die gleichzeitige oder frühere Tätigkeit in einem bürgerlichen Hauptberuf durchaus notwendig für die Ausübung ihres Amtes sein, wie z. B. bei den Handelsrichtern, die ja gerade ihre praktischen Erfahrungen im Staatsdienst verwerten sollen.[4]) Es wird sich also lediglich darum handeln, ob diese Personen Beamte sind oder nicht. Und das können

---

[1]) vgl. Schulze a. a. O. S. 317.

[2]) vgl. Laband a. a. O. I S. 406.

[3]) So Schulze a. a. O. S. 318.

[4]) vgl. Bornhak a. a. O. S. 24.

denn auch diejenigen, welche nur die Berufsbeamten als Beamte anerkennen wollen, nicht vollkommen leugnen, wenn sie auch ihr Dienstverhältnis als ein „partielles" Beamtenverhältnis bezeichnen.[1])

In der Tat sollte es keinem Zweifel unterliegen, daß auch die Ehrenbeamten zu den Staatsdienern gehören. Das Reichsbeamtengesetz führt in § 16 Abs. 2 und § 21 Abs. 2 ausdrücklich die Wahlkonsuln als Reichsbeamte auf, und das Gerichtsverfassungsgesetz stellt in § 116 die Handelsrichter den richterlichen Beamten gleich. Um so sonderbarer mutet es an, wenn Jellinek erklärt: der Ehrenbeamte ist Staatsbeamter, aber nicht Staatsdiener,[2]) wobei er die später zu besprechende terminologische Scheidung Rehms zwischen Staatsdienern und Staatsbeamten zugrunde legt. Schon seine Definition des Ehrenbeamten ist nicht ganz richtig. Ehrenbeamte sollen nämlich solche Personen sein, welche „staatliche Ämter nicht kraft eines der Beamtung vorangehenden (?) speziellen, in der Regel dauernden Dienstverhältnisses versehen". Inwiefern bei den anderen Beamten ein Dienstverhältnis (!) ihrer Beamtung vorangehen soll, ist nicht ganz klar. Gemeint ist wahrscheinlich die spezielle Begründung eines Dienstverhältnisses. Nun besteht aber darin für die Ehrenbeamten keineswegs eine Ausnahme. Sie werden entweder wie alle anderen Beamten vom Staatsoberhaupt bezw. den delegierten Behörden ernannt oder von öffentlich-rechtlichen Korporationen usw. gewählt, auf die das Recht der staatlichen Ernennung übergegangen ist. Sie stehen also, wie Jellinek selbst zugibt, in einem Dienstverhältnis zum Staat — das aber auch keinen anderen Rechtsgrund hat als das der übrigen Beamten. Der ganze Vorgang der Bestallung vollzieht sich bei ihnen wie beim Berufsbeamten. Auch bei letzterem fallen die Begründung des Staatsdienstes und die Übertragung des Amtes, wie schon erwähnt, oftmals zusammen, ohne daß deshalb in einem solchen Falle an seiner Eigenschaft als Staatsbeamter zu zweifeln wäre. Es ist also falsch, aus dem von Jellinek angeführten Grunde dem Ehrenbeamten grundsätzlich seine Staatsdienerqualität

---

[1]) Bei Meyer a. a. O. S. 499 findet sich außerdem noch ein Widerspruch, indem er meint, zu den Beamten gehörten auch zahlreiche Elemente der Selbstverwaltung, welche ihre Dienste kraft einer gesetzlichen Verpflichtung leisten — während doch diese Beamten natürlich nie in ihrer amtlichen Beschäftigung ihren wesentlichen oder gar ausschließlichen Lebensberuf haben.

[2]) Jellinek, System S. 183 Nr. 1.

absprechen zu wollen. Vielmehr unterscheidet sich der Ehrenbeamte nur dadurch von dem Berufsbeamten, daß er in dem Staatsdienste nicht seinen wesentlichen Lebensberuf erblickt und seine Dienste dem Staate unentgeltlich leistet. Da wir aber oben an der Hand positiver gesetzlicher Bestimmungen gesehen haben, daß Besoldung und berufsmäßige Tätigkeit im Dienste des Staates für den Begriff des Staatsdienstes irrelevant sind, so steht dem nichts im Wege, die Ehrenbeamten als Staatsdiener zu bezeichnen. Ob jemand seine Dienste dem Staat im Berufs-, Neben- oder Ehrenamt leistet, macht für seine Stellung als Beamter nichts aus.[1]) Wir haben also nach einem anderen unterscheidenden Merkmal zu suchen, das die Dienstleistung auf Grund der allgemeinen Untertanenpflicht von dem Staatsdienst trennt.

Da wird nun allgemein auf die Freiwilligkeit großes Gewicht gelegt, mit der der eigentliche Staatsdiener sich in das Staatsdienstverhältnis begeben soll. Daß die Anhänger der sogen. Vertragstheorie[2]) auf dieses Moment nicht verzichten können, ist selbstverständlich. Aber auch die Vertreter der Theorie des einseitigen Hoheitsaktes betonen seine große Bedeutung für den Begriff des Staatsdienstes. Nun ist es ja richtig, daß für den Berufsbeamten im Deutschen Reiche grundsätzlich kein Zwang zu dem Eintritt in den Staatsdienst besteht und die Möglichkeit seiner gesetzlichen Auferlegung keine Grundlage für juristische Betrachtungen abgeben kann. Die entgegengesetzte Ansicht der älteren Staatsrechtslehrer, besonders seit Gönner, ist mindestens für den heutigen Verfassungsstaat durchaus unhaltbar. Der Grund hierfür liegt, wie Preuß treffend bemerkt, lediglich „in dem Prinzip der freien Berufswahl, welches seinerseits ebensowohl auf der modernen Rechtsanschauung von individueller Freiheit, der die Bestimmung des wesentlichen Inhalts der individuellen Lebenssphäre zu überlassen ist, beruht, wie auf der tatsächlichen Unmöglichkeit oder doch jedenfalls Unersprießlichkeit, dem Menschen einen Beruf wider seinen Willen aufzudrängen“.[3]) Ein Zwang widerspräche übrigens nicht so sehr, wie Rehm glaubt, der deutschen Rechtsanschauung. Es ist vielmehr ein

---

[1]) vgl. Löning a. a. O. S. 138; Bornhak a. a. O. S. 24; Laband a. a. O. III S. 457.

[2]) Mit Ausnahme Seydels, Bayr. Staatsr. III S. 333.

[3]) vgl. Preuß a. a. O. S. 95.

„alter germanischer Grundsatz, daß die freien Leute dem Gemeinwesen unmittelbar und unentgeltlich zu leisten haben, was es bedarf".[1])

Und so ist es auch heute noch dort, wo neben der selbstgewählten Berufstätigkeit nur ein Teil der Zeit für die amtlichen Funktionen in Anspruch genommen wird, alsobei den Ehrenbeamten. Hier gilt es festzustellen, daß es eine große Anzahl Beamter in der Selbstverwaltung gibt, die ihre Dienste auf Grund gesetzlicher Verpflichtung leisten.[2]) Diese einfach über Bord zu werfen, wie es Rehm tut, ist doch wohl nicht angängig. Damit zerreißt man die Einheit der Beamtenorganisation, ohne daß sich dafür irgendwelche triftige Gründe beibringen ließen. Denn das steht doch unzweifelhaft fest, daß zwischen der rechtlichen Stellung der Beamten der Selbstverwaltung, für die ein Zwang zur Annahme des Amtes vorhanden ist, und der der anderen Beamten ein tiefgreifender Unterschied nicht besteht. Beide üben dieselben Funktionen aus, nämlich die Besorgung staatlicher Geschäfte, beide unterliegen zum Teil denselben Gesetzen — vor allem finden auch auf beide die Disziplinargesetze Anwendung — kurz, der wesentliche Inhalt des Staatsdienstverhältnisses ist bei beiden derselbe. Und trotzdem sollen die einen Staatsdiener sein und die anderen nicht? Das hieße nicht nur der natürlichen Ordnung der Dinge Gewalt antun, sondern auch sich über die positiven Bestimmungen des preußischen Staatsrechts kühn hinwegsetzen, welches alle Kommunalbeamten zu den mittelbaren Staatsdienern rechnet.

Noch einige Belege für die Absurdität der hier bekämpften Theorie: Der preußische Amtsvorsteher dürfte nach ihr nicht zu den Beamten zählen, was Anschütz entgangen zu sein scheint. Denn er führt ihn ruhig als Beispiel für Beamte an, die ihre Beamtentätigkeit als Nebenbeschäftigung betreiben,[3]) obwohl doch auch nach ihm Freiwilligkeit des Diensteintritts Kriterium für den Staatsdienst sein soll. Als Kuriosum sei endlich erwähnt, daß es dann in einem Teile der Schweiz z. B. gar keine oder wenigstens so gut wie gar keine Beamten geben dürfte. Denn dort besteht für alle Arten des Staatsdienstes in den Urkantonen seit alten Zeiten fast durchgängig, in den übrigen Kantonen

---

[1]) Brunner a. a. O. II S. 3.

[2]) Entsch. d. RG. i. Strafsachen Bd. 9 S. 210 verweist auf die KrO. vom 13. 12. 1872 §§ 8, 31.

[3]) Anschütz, Enzykl. II S. 598.

wenigstens für die Gemeindeämter grundsätzlich Amtszwang.[1]) Tatsächlich behauptet auch Gareis, daß es in gewissen Republiken nur Ämter gäbe, aber keine Beamten![2]) Der Hinweis Schulzes auf das „geschichtlich gewordene deutschmonarchische Staatsrecht" gegenüber dem republikanischer Staaten beweist gar nichts.[3]) Mit der Bemerkung aber, daß es wohl richtig ist, die Beamten der Selbstverwaltung als Staatsbeamte zu bezeichnen, daß aber „das Verhältnis immer ein solches bleibt, welches nicht vollständig unter alle Regeln der hergebrachten Dienstpragmatik fällt" umgeht er wieder die Feststellung des Staatsdienerbegriffs.

Ganz besonders kraß zeigt sich, wie ungerechtfertigt die Beschränkung der Beamtenqualität auf die Fälle einer freiwilligen Übernahme des Amtes ist, bei dem Institut der Handelsrichter. Denn da in Bremen und Hamburg für dieses Amt ein Zwang zur Übernahme besteht, in Preußen aber nicht, so müssen die preußischen Handelsrichter nach der herrschenden Theorie Staatsdiener sein, die in Bremen und Hamburg aber nur ein Amt verwalten. Diese Konsequenz, die zu der Ungeheuerlichkeit führt, daß das Gerichtsverfassungsgesetz danach wohl die Stellung der Handelsrichter aller Gliedstaaten einheitlich bestimmt, aber doch nicht die Verschiedenheit ihrer Bezeichnung — mehr soll es wohl nicht sein — verhindern gekonnt hat, zieht auch Rehm in den Ann. 1885 S. 175; Laband dagegen ist dieses Paradoxon sichtlich unbequem. Er sucht sich damit zu helfen, daß er behauptet, es würde auch in Bremen und Hamburg niemand zum Handelsrichter ernannt, der nicht wolle.[4]) Die Richtigkeit dieser Behauptung vorausgesetzt, ergäbe sie doch nur, daß die Behörden in den beiden Städten von ihrer gesetzlichen Ermächtigung keinen Gebrauch machten. Für die rechtliche Beurteilung ist das indes ohne Bedeutung.

Aber die Verfechter der konstanten Freiwilligkeit des Diensteintritts berufen sich ferner noch darauf, daß auch bei der Übernahme der Zwangsämter die Annahmeerklärung des Betreffenden notwendig ist. Daher soll der Eintritt in den Staatsdienst auch in diesen Fällen

---

[1]) vgl. Orelli, Staatsr. d. schweizer. Eidgen. S. 115.
[2]) vgl. Gareis, Allg. Staatsrecht S. 162.
[3]) vgl. Schulze a. a. O. S. 317 Anm. 1.
[4]) Laband a. a. O. III S. 457 Nr. 3.

freiwillig erfolgen.[1]) Darauf ist zu erwidern, daß die Annahmeerklärung in erster Linie nur Formsache ist und deshalb eingeführt wurde, damit die Verwaltung möglichst bald Gewißheit bekomme, ob sie auf die Dienstleistung des Betroffenen rechnen dürfe. Freilich ist sie auch sonst noch von Bedeutung, wie wir gleich unten sehen werden. Aber das Bestehen des Zwanges wird dadurch nicht aufgehoben. Die Maßregeln, die angewandt werden, bestehen in der Auferlegung von Geldstrafen in der Form stärkerer Heranziehung zu den Gemeindelasten oder in der Suspendierung des Wahlrechts. Ein größerer Druck kann aber auch nicht ausgeübt werden bei der Erzwingung von Dienstleistungen auf Grund der allgemeinen Untertanenpflicht. Der Geschworene, der bei Beginn der Schwurgerichtsperiode nicht erscheint, wird in Geldstrafe genommen; ein Soldat, der den Dienst nicht antreten will, kann sogar in die Kaserne geschleppt werden: aber mehr kann in keinem Falle geschehen. Denn „ein direkter Zwang zu einem Tun überhaupt ist ein Unding".[2]) Immer kann nur ein mittelbarer psychologischer Zwang durch Strafdrohung ausgeübt werden, beim designierten Amtsvorsteher so gut wie beim Schöffen. Oder wäre es möglich, bei einem von diesen die amtliche Tätigkeit zu erzwingen? Daher ist es falsch, wenn Löning sagt und Olshausen ihm darin zustimmt,[3]) kein Ehrenbeamter werde durch Anwendung von Zwangsmitteln zur Führung des Amtes genötigt — bezw. nur in dem oben angegebenen Sinne richtig.

Durch unsere Konstruktion wird nicht, wie Otto Mayer meint, die juristische Eigenart des Instituts der Ehrenämter verwischt oder in sich selbst auseinander gerissen.[4]) Das tun diejenigen, die mit ihrem Prinzip der Freiwilligkeit des Eintritts einen Gegensatz in die Kategorie der Ehrenbeamten hineintragen, der tatsächlich nicht besteht. Für uns sind sie alle Staatsdiener. Man kann doch nicht, um mit Bornhak zu reden, „ein Rechtsinstitut seinem Inhalte nach charakterisieren, indem man einen Begriffsbestandteil heranzieht, der nicht aus dem Inhalte, sondern aus der Form des Zustandekommens geschöpft ist."[5])

---

[1]) Löning a. a. O. S. 138 Nr. 1.

[2]) Preuß a. a. O. S. 93.

[3]) Löning a. a. O. S. 138; Olshausen, Komm. z. StGB. II S. 1078.

[4]) Otto Mayer a. a. O. II S. 210 Nr. 10.

[5]) Bornhak a. a. O. S. 27.

Deshalb können wir uns auch nicht mit der Scheidung in Staatsdiener und Staatsbeamte befreunden, die Rehm vorgeschlagen hat,[1]) und die von vielen Staatsrechtslehrern freudig begrüßt — aber von keinem wirklich durchgeführt worden ist. Das letztere ist außerordentlich bezeichnend. Man fühlte, daß es vergeblich wäre, sich dem Sprachgebrauch des Volkes und der Gesetze entgegenzustellen, der abwechselnd Staatsdiener und Staatsbeamte in demselben Sinne gebraucht. Tatsächlich sind beide synonyme Begriffe. Es ist ja seltsam, daß unsere Zeit das der Bedeutung des Wortes Staatsdienst entsprechende Substantivum „Staatsdiener" mehr und mehr verschwinden läßt und dafür die Bezeichnung „Staatsbeamter" gebraucht. Mag dies, wie Preuß behauptet, darauf zurückzuführen sein, daß der gesunde Instinkt des Volkes jenes Wort vermeidet, welches charakteristisch ist für das rechtliche und tatsächliche Verhältnis zwischen dem Fürsten und dem fürstlichen Beamtentum während der Ära des absoluten Staates;[2]) mag immerhin nicht nur die Erinnerung an jenes fürstliche Dienertum, sondern eine Vermengung der Begriffe Staatsdienst und Staatsamt ausschlaggebend gewesen sein: Jedenfalls haben wir heute keine Veranlassung, die Staatsdiener von den Staatsbeamten zu sondern. Diejenigen, die nur Ämter innehaben, ohne im Staatsdienst zu stehen, bezeichnet der Sprachgebrauch auch gar nicht als Beamte. Es gibt keine Staatsbeamte, die nicht auch Staatsdiener wären!

Verzichtet man aber auf die Freiwilligkeit des Diensteintritts als wesentliches Begriffsmerkmal des Staatsdienstes, dann wird seine Abgrenzung gegenüber den Leistungen auf Grund der allgemeinen Untertanenpflicht außerordentlich schwierig. Es sind hier von den Anhängern unserer Theorie verschiedene Momente herangezogen worden. So findet Mayer, und ihm schließt sich Preuß an, den Unterschied darin, daß z. B. die Geschworenen nicht mit dem Amte versehen, nicht „beamtet" sind; daß das Amt nicht an ihrer Person hängt, nicht zu einer persönlichen Fähigkeit und Eigenschaft geworden ist, sondern ihnen nur gehört, solange sie bei Gericht sitzen.[3]) Dazu muß gesagt werden, daß das Amt, wie wir oben gesehen haben, und wie Mayer selbst zugibt, für den Begriff des Staatsdieners nicht so wesentlich ist, daß

[1]) vgl. Rehm, Ann. 1885 S. 161.

[2]) vgl. Preuß a. a. O. S. 18.

[3]) Mayer, VR. II S. 205 Nr. 2; Preuß a. a. O. S. 73.

ohne dieses der Staatsdiener aufhörte, Staatsdiener zu sein. Auch der Beamte zur Disposition ist nicht „beamtet" und trotzdem Staatsdiener. Wir können also mit diesem Begriffsmerkmal nichts anfangen. Sollte Mayer aber bei der von ihm gegebenen Unterscheidung überhaupt nur Ehrenbeamte im Auge haben, weil eine Abgrenzung gegenüber den Berufsbeamten nicht notwendig wäre, so irrt er gleichfalls. Der gemeine Soldat z. B., der seine gesetzliche Dienstzeit abdient, könnte überhaupt nur als „Berufsbeamter" in Betracht kommen.

Andere meinen, die Verpflichtung zu dauernden oder beständigen Dienstleistungen gegenüber der Pflicht zur Ausübung einzelner Funktionen wäre das Entscheidende. Das Dienstverhältnis müsse dauernd sein.[1]) Dem ist entgegenzuhalten, daß es Beamte gibt, die nur auf ganz kurze Zeit, zur Aushilfe, auf Probe in den Staatsdienst berufen werden. Reichsbeamtengesetz § 38 nennt Beamte, die nur für ein seiner Natur nach vorübergehendes Geschäft, StGB. § 359 solche, die nur vorläufig angestellt werden. In einem anderen Sinne gebrauchen Bornhak und Hälschner das Wort „dauernd". Hälschner nennt ein Dienstverhältnis dann dauernd, wenn jemand „den allgemein gefaßten Auftrag hat, alle im einzelnen noch nicht bestimmte, in den Geschäftskreis des betreffenden Amtes fallende Dienste, zu denen während der Zeit seines Dienstes Anlaß gegeben wird, zu leisten".[2]) Er findet den Unterschied vom Schöffen usw. also darin, daß dieser spezielle und nur in konkretem Falle aufgetragene Amtsgeschäfte zu erledigen hat. Deutlicher drückt dasselbe Bornhak aus. Nach ihm unterscheiden sich die Dienste, welche der Untertan als solcher leistet, von denen des Beamten dadurch, daß die des ersteren gemessene, die des anderen aber ungemessene sind. Es käme nicht darauf an, daß sie wirklich geleistet würden, nur daß sie unter gewissen Voraussetzungen gefordert werden könnten. Der Staatsdienst ist ihm also „eine Verpflichtung zur Leistung ungemessener Dienste einer bestimmten Art für den Staat".[3]) Gegen diese Begriffsbestimmung wird sich nichts einwenden lassen. In der Tat haben wir hier den Unterschied des Staatsdienstes von Leistungen auf Grund der allgemeinen Untertanen-

---

[1]) So Meyer a. a. O. S. 495; Rönne-Zorn a. a. O. S. 420.

[2]) Hälschner, Gem. deutsches Strafr. II S. 1031.

[3]) Bornhak a. a. O. II S. 21.

pflicht. Dies erkennt auch Otto Mayer an.[1]) Laband spricht ebenfalls von der „unbestimmten, ungemessenen, die ganze Persönlichkeit erfassenden" Dienstpflicht des Staatsdieners[2]) und ihm folgen Seydel und Rehm.[3])

Es wird sich jedoch fragen, ob damit das Staatsdienstverhältnis hinreichend bestimmt ist. Unseres Erachtens ist das Umfassende der Dienstpflicht nicht genügend zur Erkenntnis der Stellung des Staatsdieners. Es muß noch ein Moment hinzukommen, nämlich die Anstellung.[4]) Hätte Bornhak dies beachtet, dann wäre er nicht gezwungen gewesen, sämtliche Militärpersonen, auch diejenigen, die nur in Erfüllung ihrer Wehrpflicht dienen, für Beamte zu erklären. Denn der gewöhnliche Soldat wird ebenso wenig wie der Schöffe und Geschworene „angestellt". Sie werden ausgehoben bezw. berufen, ohne gefragt zu werden. Die Kundgabe hat die Form eines Befehls. Dies meint wohl auch Laband,[5]) wenn er schreibt: „In dieser landesherrlichen Ernennung der Handelsrichter liegt der prinzipielle Gegensatz zwischen dem Rechtsgrund ihrer Dienstpflicht und demjenigen der Dienstpflicht der Schöffen und Geschworenen und der Mitglieder der Arbeiterschiedsgerichte und Gewerbegerichte. Es findet nicht eine durch Gesetz geregelte Heranziehung zur Ausübung einer allgemeinen Untertanenpflicht statt, sondern die Berufung einzelner, als besonders geeignet erachteter Personen durch den freien, durch einen gutachtlichen Vorschlag gelenkten Entschluß des Landesherrn." Jetzt sehen wir auch, von welcher Bedeutung noch die Annahmeerklärung bei den Ehrenämtern mit Annahmezwang ist. Nicht als ob durch diese, wie wir schon bemerkt haben, der Eintritt in den Staatsdienst zu einem freiwilligen würde. Aber die Übertragung des Amtes und damit die Anstellung muß formell erfolgen. Und dazu ist es nötig, daß die Verwaltung möglichst bald erfährt, ob die Ernennung geschehen kann. Freilich ergeht diese oft schon vor der Erklärung, um Zeit zu sparen und das Verfahren zu vereinfachen. Dann liegt darin nur die Kundgabe der Ernennung, während diese selbst bedingt erfolgt.[6]) Ein

[1]) Archiv f. öffentl. Recht III S. 56.

[2]) Laband a. a. O. I S. 396.

[3]) Rehm a. a. O. I S. 154; Seydel, Bayr. Staatsr. III S. 322.

[4]) So auch Gaupp-Göz S. 175.

[5]) a. a. O. III S. 457.

[6]) vgl. O. Mayer, VerwR. II S. 211.

Beispiel soll den Unterschied zwischen der „Anstellung" im Staatsdienst und der „Einberufung" auf Grund der allgemeinen Untertanenpflicht illustrieren: Die zum Amtsvorsteher designierte Person wird bestraft weil sie das Amt nicht angenommen hat (Kreisordn. v. 13. 12. 1872 § 8); der ausgeloste Geschworene ist dies ohne seine Erklärung geworden und wird bestraft, weil er sich seinen Obliegenheiten entzieht (GVG. § 56), also seine Amtspflicht verletzt hat.[1]) Zahllose Reichsgerichtsentscheidungen erklären die Anstellung für ein wesentliches Begriffsmerkmal des Staatsdienstes. So heißt es in dem Urteil in Strafsachen Bd. 29 S. 18: Durch das Erfordernis der Anstellung werden aus der Kategorie der Beamten diejenigen Personen des Soldatenstandes ausgeschieden, welche lediglich der allgemeinen Dienstpflicht genügen.[2]) Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß wir jetzt eine Definition für den Staatsdienst gefunden haben, die in allen Fällen genügt. Die Entscheidung wird immer nur von Fall zu Fall erfolgen können.[3]) Denn die Formen der Anstellung sind, wie wir bald sehen werden, so mannigfaltig, daß es oft außerordentlich schwer ist, zu entscheiden, ob eine solche vorliegt oder nicht. Vor jedem Generalisieren muß man sich da hüten. Für unsere Aufgabe galt es auch nur festzustellen, welche Elemente dem Begriff des Staatsdienstes immanent sind, um so die Grundlage für die Beantwortung der Frage zu schaffen:

Ist der Eintritt in den Staatsdienst ein Vertrag oder beruht er auf einem einseitigen Staatsakt?

§ 3.

Die rechtliche Natur des Eintritts in den Staatsdienst.

I. Die Arten der Begründungsform des Staatsdienstes.

Nach den vorhergehenden Erörterungen müssen wir bei unseren Betrachtungen sowohl die Bestimmungen über die Berufs- wie die über die Ehrenbeamten berücksichtigen. Es darf auch kein Unterschied gemacht werden zwischen den Reichs-, eigentlichen Staats- und Kommunalbeamten. Auch diejenigen Schriftsteller, welche für letztere

---

[1]) vgl. Löning a. a. O. S. 138 Nr. 1.

[2]) vgl. auch Entsch. des RG. in Straff. Bd. 9 S. 209.

[3]) vgl. Entsch. des RG. v. 20. 5. 1895 (Gruchot Bd. 39 S. 1037).

die Bezeichnung des allgemeinen Landrechts als mittelbare Staatsdiener (ALR. Teil 2 Tit. 10 § 69) ablehnen, können mindestens denjenigen Kommunalbeamten, welche polizeiliche Befugnisse haben, die Staatsdienerqualität nicht absprechen.[1]) Was bestimmen also die Gesetze, die die Rechtsverhältnisse der genannten Beamten regeln, über den Eintritt in den Staatsdienst? Das Reichsbeamtengesetz § 4 sagt: Jeder Reichsbeamte erhält bei seiner Anstellung eine Anstellungsurkunde. Durch diese Bestimmung soll, wie die Motive bemerken, die mündliche Anstellung ausgeschlossen sein. In der Literatur ist jedoch die Frage aufgeworfen worden, ob sie nicht doch nur instruktionell gemeint sei,[2]) und das Reichsgericht hat sich dieser Ansicht vielfach angeschlossen (Bd. 6 S. 107, 108; Bd. 28 S. 80, 89). Die Berechtigung dieser Auslegung wird sofort klar, wenn man dem § 4 RBG. den § 1 des bayr. Staatsdieneredikts entgegenhält: „Der Stand des Staatsdieners wird durch das Anstellungsreskript erworben" oder den § 1 des bad. Gesetzes vom 26. 5. 1876: „Unter Angestellten . . . sind alle diejenigen Bediensteten zu verstehen, welche mittels Dekrets angestellt sind." In diesen Beispielen ist unbedingt die Aushändigung einer sogen. Bestallungsurkunde zum Essentiale der Beamtenbestellung gemacht. Ebenso spricht das neue preußische Kommunalbeamtengesetz vom 30. 7. 1899 davon, daß „die Anstellung durch Aushändigung einer Anstellungsurkunde erfolgt". Auch die Gesetze der übrigen deutschen Staaten enthalten ähnliche Bestimmungen über die Anstellung der Beamten, die die schriftliche Berufung zum essentiellen Erfordernis der Anstellung machten.

Damit sind nun keineswegs alle Formen des Eintritts in den Staatsdienst erschöpft. Soweit die schriftliche Bestallung nämlich nicht zwingende Formvorschrift ist, wie z. B. nach Reichsrecht, genügt die formlose Ernennung durch den Kaiser bezw. den Landesherrn oder die zuständige Behörde. Diese kann mündlich oder telegraphisch erfolgen. Das allgem. Landrecht, das auch noch heute für die Regelung der Rechtsverhältnisse der preußischen Beamten maßgebend ist, weil das Versprechen der Verfassungsurkunde auf Erlaß eines allgemeinen Staatsdienergesetzes nicht erfüllt wurde, erwähnt in Teil 2 Tit. 10 § 84 nur, daß Titel und Rang durch die darüber ausgefertigte

[1]) vgl. Preuß a. a. O. S. 142.

[2]) vgl. Mayer a. a. O. II S. 281 Nr. 4.

Bestallung verliehen werden, läßt also auch jede Art der Ernennung zu. Als eine Ernennung ist auch die Wahl von Beamten durch gewisse gesetzlich dazu ermächtigte Körperschaften zu betrachten. Es ist nur ein anderer Ausdruck, mit dem man die Form der Ernennung durch den Gesamtakt einer Mehrheit von Personen zu bezeichnen pflegt.[1]) Einer darauf folgenden schriftlichen Mitteilung von der erfolgten Wahl kann nicht die konstitutive Wirkung der Ernennung beigelegt werden, soweit dies nicht wie z. B. im Kommunalbeamtengesetz § 1 ausdrücklich vorgeschrieben ist. Die etwa notwendige Bestätigung macht die Ernennung nur zu einer suspensiv bedingten.[2])

Neben die Anstellung durch schriftliche Bestallung und durch formlose Ernennung tritt nun noch die durch konkludente Handlungen. Diese ist ebenso wie die formlose Ernennung überall dort möglich, wo nicht für den Anstellungsakt eine besondere Form vorgeschrieben ist. Verschiedene Reichsgerichtsentscheidungen haben bestätigt, daß eine Anstellung durch konkludente Handlungen genüge, um die Staatsdienereigenschaft zu begründen, so das bekannte Erkenntnis des Reichsgerichts vom 10. 2. 1896.[3]) Soweit dieses Urteil eine solche konkludente Handlung in der Übertragung obrigkeitlicher Geschäfte zu dauernder Besorgung sieht, können wir ihm aber nicht beipflichten. Wie schon oben ausgeführt, ist sowohl die Art der übertragenen Dienstleistung wie ihre Dauer für die Beurteilung des Staatsdienstverhältnisses irrelevant. Eine konkludente Handlung kann nur darin liegen, daß ein Gewaltverhältnis begründet wird, wie es für den Staatsdienst typisch ist. Ist diese Eingliederung in den Behördenorganismus erfolgt, so kann man auch ohne ausdrückliche Ernennung von einer Anstellung als Beamter sprechen. Damit hätten wir die Formen der Anstellungsakte festgestellt. Es fragt sich nun, welche juristische Gebilde wir in ihnen zu sehen haben.

II. Anwendung öffentlich-rechtlicher Normen.

Die erste Frage, die uns dabei aufstößt, ist die, welche Normen bei der rechtlichen Beurteilung des Eintritts in den Staatsdienst

---

[1]) vgl. Preuß a. a. O. S. 380; O. Mayer VerwR. II S. 404.

[2]) vgl. Preuß a. a. O. S. 383.

[3]) Zivilsachen Bd. 37 S. 225 ff.

anzuwenden sind. Darüber besteht nun gar kein Zweifel. Auf welchem Wege man auch dazu kommen mag: wir befinden uns auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Die Zweck- und Interessentheorie begründet dies damit, daß die Interessen, die das Institut des Staatsdienstes verfolgt, öffentliche sind, weil sein Zweck die Förderung der Gesamtinteressen ist.[1]) Eine andere Theorie findet das Charakteristische darin, daß der Staat als Rechtssubjekt beteiligt ist und das Rechtsverhältnis zwischen diesem und dem Beamten ein solches ist, wie es zwischen Privaten nicht bestehen könnte.[2]) Eine dritte endlich beruft sich auf die Normen, durch welche der Staatsdienst geregelt wird, die unzweifelhaft dem öffentlichen Recht angehören.[3]) So verschieden auch die Motive sind, aus denen die Scheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht vorgenommen wird, so stimmen doch alle Meinungen darin überein, daß der Staatsdienst als Ganzes dem öffentlichen Recht angehört. Die Zeit ist vorüber, da man in ihm ein Institut des Privatrechts erblicken zu dürfen glaubte. Diese Auffassung hat in der neueren Literatur keinen Vertreter mehr. Daran ändert auch nichts der Umstand, daß einzelne Schriftsteller unter den Rechten des Staatsdieners einige als privatrechtlich bezeichnen. Auch sie betonen, daß das Primäre beim Staatsdienst seine öffentlich-rechtliche, genauer gesagt, seine staatsrechtliche Natur sei, und daß ihm „sein Platz im Rechtssystem in der öffentlichen Rechtsordnung zugewiesen sei".[4])

III. Die Begründung des Staatsdienstes durch Verfügung.

Wenn das Beamtenverhältnis ein Rechtsverhältnis des Staatsrechts sein soll, dann muß es durch diejenigen Tatsachen erzeugt werden, welche für diese Disziplin mit rechtserzeugender Kraft ausgestattet sind. Das sind nun wie im Privatrecht die gesetzlichen Entstehungsgründe, d. h. solche Tatsachen, die unabhängig vom menschlichen Willen, also auf Grund des Gesetzes, Rechtsfolgen nach sich ziehen, und die juristischen Handlungen, unter letzteren wieder besonders diejenigen, welche die Gestaltung von Rechtsverhältnissen

---

[1]) So Rehm a. a. O. S. 89 ff.

[2]) So Leuthold, Ann. 1884 S. 346, 350, 351.

[3]) So Seydel, Bayr. Staatsr. III S. 480.

[4]) Rehm a. a. O. S. 110.

nach dem Willen des Handelnden direkt bezwecken, die Rechtsgeschäfte.[1]) Daß für die Entstehung des Beamtenverhältnisses nur Gesetz und Rechtsgeschäft in Betracht kommen können, liegt auf der Hand.[2]) Wenn wir uns nun zunächst umsehen, ob der Eintritt in den Staatsdienst auf einen Rechtssatz zurückzuführen ist, so zeigt sich sofort, daß wir zwei Kategorien von Staatsbeamten zu unterscheiden haben.

Die einen, z. B. die meisten Beamten der Selbstverwaltung, leisten ihre Dienste auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung. Die Gesetze, die hier in Betracht kommen, sind hauptsächlich die Städte-, Landgemeinde- und Kreisordnungen. In Ausführung dieser Gesetze ergehen für den einzelnen Fall Verfügungen, d. h. Anordnungen der staatlichen Organe, welche die Aufgabe haben, die gesetzlichen Bestimmungen zu realisieren. Der Begründungsakt des Staatsdienstes bei diesen Beamten ist also unbedingt auf einen einseitigen staatlichen Hoheitsakt zurückzuführen, zu dem die Regierung durch das Gesetz ermächtigt ist. Der Versuch, die notwendige Annahmeerklärung bei der Übertragung der Dienststelle zu einem Beweis dafür zu stempeln, daß auch hier keine Dienstverpflichtung besteht, ist bereits oben S. 17 zurückgewiesen worden.

Für die andere Kategorie von Staatsbeamten, die die weitaus größere Masse bilden, besteht eine gesetzliche Verpflichtung zum Eintritt in den Staatsdienst nicht. Es wird also von ihrem freien Willen abhängen, ob sie sich in ein Dienstverhältnis zum Staate begeben wollen. Die hier fehlende gesetzliche Ermächtigung muß durch die Einwilligung des zu Verpflichtenden ersetzt werden. Sehen wir zu, ob wir auch unter dieser Bedingung mit der Form, in welcher staatliche rechtsbegründende Akte, wie es die Anstellung ist, gewöhnlich zu ergehen pflegen, bei der Begründung des Staatsdienstverhältnisses auskommen können.

Da durch die Anstellung, in welcher Weise sie auch erfolgen möge, weder ein Rechtssatz aufgestellt, noch den Erfordernissen eines Gesetzes in formellem Sinne genügt wird, kann von einer lex specialis keine

---

[1]) vgl. Rehm a. a. O. S. 113, 114.

[2]) Für die Anwendung dieser zivilrechtlichen Terminologie O. Mayer, Arch. III S. 44 Nr. 63.

Rede sein.[1]) Bleibt also nur die Verfügung, die gewöhnliche Form des rechtsbegründenden Verwaltungsaktes. Sie ist „ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertan gegenüber im Einzelfalle bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll," und unterscheidet sich von der gleichfalls zu den Verwaltungsakten gehörigen Entscheidung dadurch, daß sie nicht wie diese einen „rechtlich gebundenen Inhalt" hat, sondern zu ihrem Erlaß der Verwaltung innerhalb der Rechtsschranken eine weitgehende Freiheit gewährt ist.[2])

Die Verfügung muß auf einem Rechtsgrunde beruhen, d. h. die Verwaltung muß die Ermächtigung haben, in die Lebenssphäre des einzelnen bestimmend einzugreifen. Diese Ermächtigung wird vor allem in dem Gesetz ihren Rückhalt haben. Wir haben bereits einen solchen Fall kennen gelernt. Der Eintritt der meisten Beamten der Selbstverwaltung beruht auf einer Verfügung, die ihren Rechtsgrund im Gesetz hat. Aber die Ansicht ist irrig, daß das Gesetz den einzigen Rechtsgrund für die Verwaltungsverfügung abgeben könne. Sie erinnert einigermaßen an die Lehre von den Hoheitsrechten, in welchen sich die Macht- und Herrschaftssphäre des Staates erschöpfen sollte. Sie entspricht aber weniger der neueren staatsrechtlichen Auffassung von der prinzipiell unbeschränkten Gewalt des Staates.[3]) Was ist denn eigentlich der Kern des Satzes, daß für die Verfügung immer eine rechtliche Grundlage vorhanden sein soll? Doch nur die Erwägung, „daß die dem Staatsbürger obliegende Gehorsamspflicht im modernen Staate keine ungemessene ist, deren Umfang durch das Belieben der Regierung bestimmt werden könnte".[4]) Will also die Regierung eine Verfügung erlassen, dann hat sie sich zu vergewissern, daß sie damit nicht die gesetzlich garantierte Freiheit des einzelnen verletzt und ihm einen Zwang auferlegt, zu dem sie nicht befugt ist. Ist aber die Gewißheit, daß nicht verletzend in die individuelle Freiheit eingegriffen werde, nur dann gegeben, wenn der Verwaltungsakt auf Gesetz beruht, oder ist nicht derselbe Effekt vorhanden, wenn durch die freie Einwilligung des Betroffenen die Möglichkeit einer ungesetz-

---

[1]) Für diese H. A. Zachariä a. a. O. I S. 27; Rönne-Zorn a. a. O. S. 426.

[2]) O. Mayer, VerwR. I S. 95, 97.

[3]) vgl. O. Mayer, Archiv III S. 48.

[4]) Laband a. a. O. II S. 180.

lichen Beschränkung der Freiheitssphäre des Individuums ausgeschlossen ist? Laband sagt selbst, daß die Unterwerfung unter die Verfügung dem von ihr Getroffenen im allgemeinen unbenommen ist, wenn diese nicht durch das Gesetz rechtlich begründet ist.[1]) Was hindert ihn also daran, die Rechtsgültigkeit der Verfügung anzuerkennen, wenn nur die vorherige Einwilligung die rechtliche Grundlage für diese bildet? Die Freiheit des einzelnen ist an sich ja nicht verletzt. Der Schutz des Gesetzes, das die Freiheit des Individuums garantiert, wäre sehr unvollkommen, wenn dieses nicht „die stillschweigende Klausel enthielte: es sei denn, daß der Betroffene zulässigerweise seine Einwilligung erklärt".[2]) Freilich, diese Verfügungsfähigkeit des Staatsbürgers hat wie im Privatrecht so auch im öffentlichen Recht ihre Grenzen. Sie sind gegeben durch das Gesetz und durch die guten Sitten. Innerhalb dieser Grenzen aber soll dem einzelnen das Selbstbestimmungsrecht gewährt sein. Und nun die Anwendung davon auf den Eintritt in den Staatsdienst!

Der Staatsdienst begründet für den, der in ihn eintreten soll, die Verpflichtung zu Dienstleistungen und die Unterwerfung unter eine gesteigerte staatliche Gewalt, zu denen mit den schon genannten Ausnahmen kein gesetzliches Zwangsrecht besteht. Will also die Regierung jemanden durch Verfügung in dieses Gewalt- und Pflichtverhältnis bringen, so bedarf sie dazu seiner Einwilligung. Zu diesem Zwecke werden formlose Vorverhandlungen angeknüpft, entweder auf Antrag des Aspiranten, der auch schon in seiner Beschäftigung im Vorbereitungsdienst liegen kann, oder indem der Staat die Initiative ergreift. Es wird immer ein vergebliches Bemühen bleiben, in diesen Verhandlungen ein pactum de constituendo nachweisen zu wollen.[3]) Sie binden tatsächlich rechtlich keine der verhandelnden Parteien. Ihr Resultat ist lediglich das, daß die Einwilligung des Betreffenden zum Eintritt in den Staatsdienst vielleicht unter bestimmten Bedingungen erlangt ist.[4]) Damit ist das eine Erfordernis für den Inhalt der Verfügung, der Rechtsgrund gegeben. Der Nachweis des anderen, das

---

[1]) Laband a. a. O. II S. 181.

[2]) O. Mayer, VerwR. I S. 98.

[3]) So Gierke im Rechtsl. S. 53.

[4]) Anders wenn ein Vertrag über vermögensrechtliche Ansprüche geschlossen worden ist; vgl. Preuß S. 112.

Laband erwähnt,[1]) der Zweckmäßigkeit, erübrigt sich wohl. Und nun ergeht die Verfügung, durch die das Staatsdienstverhältnis begründet werden soll. Die Form, der man sich dabei bedient, ist z. B. folgende: „Wir Wilhelm ... tun kund und fügen hiermit zu wissen, daß wir allergnädigst geruht haben, den ... zum ... zu ernennen. Es ist dies in dem Vertrauen geschehen, daß der nunmehrige ... Uns und Unserem Königlichen Hause in unverbrüchlicher Treue ergeben sein und die Pflichten des ihm übertragenen Amtes in ihrem ganzen Umfange mit stets regem Eifer erfüllen werde, wogegen sich derselbe Unseres Allerhöchsten Schutzes bei den mit seinem gegenwärtigen Amte verbundenen Rechten zu erfreuen haben soll. Urkundlich haben Wir diese Bestallung Allerhöchst selbst vollzogen und mit Unserem Königlichen Insiegel versehen lassen. Gegeben zu Berlin, den ....[2])

In ähnlicher Weise ergehen die entsprechenden Verfügungen derjenigen Behörden, denen die Ernennung delegiert ist. Die Einwilligung wird also nicht mehr erwähnt; sie wird jetzt präsumiert. Im übrigen entspricht die Form der Bestallung durchaus derjenigen, welche für die Verfügung gefordert werden muß.[3]) Sie stellt offenbar eine obrigkeitliche Willenserklärung dar, die die Begründung von Rechten und Pflichten zum Inhalt hat. Daß sie nicht notwendig einen Befehl enthalten muß, gibt jetzt ja auch Laband zu.[4]) Er stellt ferner drei Erfordernisse für die Verfügung auf. Sie muß nämlich erstens von der kompetenten Stelle ausgehen, zweitens den Willen in deutlicher und zuverlässiger Weise erkennbar machen, und sie muß drittens demjenigen, den sie angeht, gehörig bekannt gemacht werden.

Als kompetent für die Anstellung von Beamten ist grundsätzlich der Herrscher anzusehen, also eine Stelle, die sehr wohl zu staatlichen Hoheitsakten fähig ist. Aber der Herrscher hat sein Ernennungsrecht auf Behörden, Korporationen usw. delegiert, sei es, daß diese Delegation durch Gesetz oder auf dem Verordnungswege erfolgt ist. So geschieht z. B. die Anstellung der Reichstagsbeamten durch den Reichstagspräsidenten, die des Amtsvorstehers durch den Oberpräsidenten.

---

[1]) vgl. Laband a. a. O. II S. 180.

[2]) vgl. Rehm a. a. O. S. 141.

[3]) vgl. Laband a. a. O. II S. 182.

[4]) Laband II a. a. O. S. 179.

Laband meint nun, die Berufung in den Staatsdienst könne deshalb nicht auf einem einseitigen staatlichen Hoheitsakte beruhen, weil die Gemeindebeamten im Dienste der Gemeinde ständen und diese zu staatlichen Hoheitsakten nicht fähig wären.[1]) Steht man auf dem Standpunkt, daß das Herrschaftsrecht kein Monopol des Staates ist, sondern allen Gebietskörperschaften zusteht, so ist dieser Einwurf bald widerlegt.[2]) Im übrigen aber brauchen wir nur Laband gegen Laband zu Hilfe zu rufen: „Wenn die Gemeinde befugt ist, mit Rechtskraft zu befehlen ..., so handelt sie im Namen und Auftrag des Staates, in Stellvertretung oder kraft Delegation desselben; es ist nicht ihre Macht, sondern die des Staates, welche sie in Bewegung setzt; es ist nicht ihr eigenes Recht, sondern ein fremdes, welches sie geltend macht." Und weiter sagt er: „Die Gemeindebeamten fungieren als mittelbare Staatsbeamte."[3]) Das stimmt alles auf ein Haar. Der Herrscher hat vom Standpunkte Labands aus sein Ernennungsrecht auf die Gemeinden bezw. deren Organe delegiert, die sein Herrscherrecht für ihn ausüben. Warum sollte also die Anstellung der Beamten von Gemeinden, Korporationen und Anstalten usw. nicht durch eine Verfügung erfolgen können?

Auch der zweite Einwand, den Laband macht, ist nicht stichhaltig. Er meint, es werde von dem Beamten nicht nur die Unterwerfung unter einen staatlichen Hoheitsakt, sondern es würden positive Leistungen verlangt. Aber wird dadurch die Verfügung ausgeschlossen? Kann nicht durch eine solche auch ein positives Handeln auferlegt werden, zumal doch, wie Laband selbst sagt,[4]) jeder Verfügung ein Befehl immanent ist?

Wir kommen zu dem nächsten Erfordernis der Verfügung. Es ist selbstverständlich, daß die Verfügung den Willen der Verwaltung, jemanden als Beamten anzustellen, deutlich erkennbar machen muß, mag die Anstellung selbst schriftlich, mündlich oder durch konkludente Handlungen erfolgen. Am schwierigsten wird die Konstatierung dieser Tatsache in den beiden letzten Fällen sein, weshalb auch das Bestreben der Gesetzgebung dahin geht, die schriftliche Ernennungsform obligatorisch zu machen.

---

[1]) Laband I a. a. O. S. 421 Nr. 3.

[2]) Preuß a. a. O. S. 82.

[3]) Laband a. a. O. I S. 66 Nr. 2.

[4]) a. a. O. II S. 179 Nr. 2.

Was den dritten Punkt anbetrifft, so kann auch hier aus der Praxis der Beamtenernennung kein Argument gegen die Theorie des einseitigen Hoheitsaktes beigebracht werden. Die Zustellung der Bestallungsurkunde erfolgt nach den gewöhnlichen Regeln über die Insinuation obrigkeitlicher Verfügungen. Oder es wird den Beamten nur ihre Ernennung „eröffnet", sie werden telegraphisch oder telephonisch benachrichtigt usw. Wenn nicht anders bestimmt ist, wird man das Beamtenverhältnis mit der Kundgabe der Ernennung beginnen lassen müssen. Jedoch steht dem nichts entgegen, daß es auch schon früher beginnt. Das allgemeine Landrecht läßt z. B. Titel und Rang, welche mit dem Amte verbunden sind, schon mit der Ausfertigung der Bestallung entstehen. Nach dem württembergischen Staatsdienergesetz Art. 39 erfolgt die Berechnung der Dienstzeit vom Tage der Anstellung an.[1]) Den Tag der Ausfertigung bezw. das Datum der Anstellungsentschließung bezeichnet auch das bayrische Staatsdieneredikt § 1 als Beginn des Beamtenverhältnisses zugunsten des Berufenen. Seydel erwähnt, daß in der Sitzung der Ministerialkonferenz vom 9. 5. 1818 der Antrag, den Stand des Staatsdieners erst mit der Annahme entstehen zu lassen, ausdrücklich abgelehnt wurde.[2]) Alles dies ist mit der Erklärung der Begründung des Beamtenverhältnisses durch Verfügung wohl vereinbart. Es ist nicht anders: „Der Schwerpunkt bei dem Zustandekommen des Rechtsverhältnisses liegt in dem Willen des dabei beteiligten höheren Rechtssubjekts."[3])

Und dieses Ergebnis entspricht auch vollkommen der Richtung, die unser Denken zu nehmen pflegt, wo es sich um die Art der Beteiligung des Staates bei der Schaffung von Rechtsverhältnissen zwischen ihm und einer Individualperson handelt. Dafür gibt es tatsächliche und psychologische Gründe, die Radnitzky in seiner Schrift über die Privatwillkür im öffentlichen Recht gut entwickelt hat. Er stellt zunächst als Grundsatz hin, daß die Parteiwillkür im öffentlichen Recht die Ausnahme bildet, das einseitige staatliche Handeln das Gewöhnliche, Gegebene ist.[4]) Folglich sind wir nicht nur geneigt, nein haben auch die Berechtigung dazu, alle Rechtsgeschäfte, bei denen der Staat

[1]) vgl. Rehm a. a. O. S. 142 Nr. 2.

[2]) Seydel, Bayr. Staatsrecht III S. 342 Nr. 2.

[3]) Otto Mayer, VerwR. II S. 223.

[4]) a. a. O. S. 60.

beteiligt ist, als einseitige Verwaltungsakte anzusehen. Demjenigen, der dies bestreitet, fällt die Beweislast für seine Behauptung zu. Im vorhergehenden ist nun der Nachweis geführt worden, daß die Begründung des Staatsdienstes durch Verfügung auf keine Schwierigkeiten stößt, daß sie vielmehr in jeder Beziehung den Anforderungen genügt, die man sowohl aus dem Wesen der Verfügung heraus wie nach der Praxis der Anstellung im Staatsdienst an sie stellen muß. Und nun kommt die Vertragstheorie und will unsere Beweisführung umstoßen, indem sie behauptet: Das Staatsdienstverhältnis entsteht nicht durch einseitigen Hoheitsakt, sondern durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag.

IV. Abgrenzung des staatsrechtlichen Vertrages gegenüber der Verwaltungsverfügung und dem privatrechtlichen Vertrage.

Prüfen wir also die Gründe, welche die Anhänger dieser Theorie für ihre Behauptung vorbringen können. Meistenteils wird einfach darauf hingewiesen, daß zur Begründung des Beamtenverhältnisses die Einwilligung des Betreffenden notwendig sei, und daß deshalb ein Vertrag vorliegen müsse.[1]) „Ein Rechtsgeschäft, zwischen zwei Rechtspersönlichkeiten zu dem Zwecke und mit der Wirkung geschlossen, daß einseitig oder beiderseitig Rechte und Pflichten entstehen, hat man, solange es eine Rechtswissenschaft gibt, Vertrag genannt.“[2]) Sehr richtig — nur fragt es sich, ob ein solches Rechtsgeschäft immer vorliegt, wenn zu der Rechtswirkung die Einwilligung des anderen Rechtssubjekts notwendig ist. Gönner hatte nicht unrecht, wenn er es für einen folgenschweren Irrtum der Rechtslehrer hielt, „wenn sie glauben, das Einverständnis zweier Subjekte über Rechte und Verbindlichkeiten mache das ganze Wesen eines Vertrages aus“.[3]) Im Privatrecht und Völkerrecht mag dies noch hingehen, obwohl es in diesem Umfange keinesfalls zutrifft. Aber wie steht es da mit dem Staatsrecht? Wenn die zitierte Behauptung auch für diese Disziplin Geltung hätte, dann haben wir lange viele staatliche Handlungen für einseitige Äußerungen der Staatsgewalt gehalten, die in Wirklichkeit Verträge sind.

---

[1]) So Löning S. 119; Sarwey S. 276; Gareis S. 165; Seydel Grundz. S. 59; Rehm S. 142.

[2]) Seydel, Bayr. StR. III S. 323.

[3]) vgl. Gönner, Staatsdienst § 29.

Wir wollen hier nicht von der Naturalisation sprechen, die ebenso wie der Begründungsakt des Staatsdienstes von den Vertragstheoretikern ausdrücklich als Vertrag bezeichnet wird — eine Ansicht, die stark an die Lehre der Naturrechtsschule von der vertragsmäßigen Entstehung der Staaten erinnert. Übrigens hat sie auch eine der eifrigsten Verteidiger der Vertragstheorie, Rehm, in seiner allgemeinen Staatslehre — leider ohne nähere Angabe von Gründen — bereits aufgegeben.[1]) Aber noch andere unzweifelhafte einseitige Verwaltungsakte stellen sich dann als Verträge dar. So z. B. die Ordensverleihung, Konzessionserteilung, Verleihung von Patenten und Korporationsrechten usw. Ferner ist zu denken an die Strafverfolgung bei Antragsvergehen, an die Versetzung eines Richters und die Pensionierung oder Entlassung eines Beamten auf Anerbieten der Regierung mit dessen Einwilligung u. a. m. Endlich seien hier noch angeführt die Begründung der Mitgliedschaft einer Kammer, die Präsidentschaft einer Republik und Einsetzung einer neuen Dynastie, welche Jellinek ausdrücklich für den staatsrechtlichen Vertrag reklamiert.[2])

Wir haben also in allen diesen Fällen nach der Vertragstheorie richtige Verträge zu sehen. Nur scheuen sich die Vertragstheoretiker diese Konsequenzen zu ziehen. Sie bleiben auf halbem Wege stehen und wollen uns zwingen, nur die Naturalisation und die Begründung des Staatsdienstverhältnisses, zu der Jellinek noch die der schon genannten Organverhältnisse fügt, als öffentlich-rechtlichen Vertrag anzuerkennen. Um diese Beschränkung auch einigermaßen zu rechtfertigen, nimmt Jellinek nur dort einen solchen an, „wo der Staat neues Recht erwirbt, sei es einfache oder qualifizierte Gewalt", und nicht dort, „wo ein Verwaltungsakt auf der normalen staatlichen Kompetenz beruht und daher seinem Wesen nach Verfügung ist".[3]) Warum nun die Anstellung im Staatsdienst nicht auf der normalen staatlichen Kompetenz beruhen soll, ist unerfindlich. Viele Gesetze sprechen die Legitimation dazu dem Landesherrn und den Behörden ausdrücklich zu. Die Beispiele, die Jellinek für Verwaltungsakte gibt, zeigen deutlich, wie willkürlich seine Abgrenzung ist. Durch die Konzession, mit der Betriebszwang verbunden ist, durch die Verleihung

[1]) a. a. O. S. 137 Nr. 2.

[2]) System S. 209.

[3]) a. a. O. S. 218.

einer Auszeichnung, die zur Entrichtung einer Gebühr verpflichtet, usw. wird dem Staate neues Recht zugeführt, und doch sollen Verwaltungsakte vorliegen.[1] „Den Anstoß zu einer bestimmten staatlichen Tätigkeit geben oder eine solche in ihren Wirkungen nicht hindern, heißt nicht einen Vertrag schließen.“[2] Das können wir vollkommen unterschreiben. Gerade das ist es ja, was wir behaupten. Jellinek gibt uns keinen ausreichenden Grund an, weshalb wir diesen Satz nicht auch auf die Begründung des Staatsdienstverhältnisses anwenden sollen.

Und nun Laband: Er beschränkt den öffentlich-rechtlichen Vertrag auf die Fälle, in denen ein öffentlich-rechtliches Herrschaftsverhältnis begründet wird. Das hat offenbar zur Voraussetzung, daß der Betreffende bisher „der Staatsgewalt gar nicht oder doch, wie selbst eigene Untertanen, in dem festzuhaltenden Verhältnis nicht unterworfen war“.[3] Diese Einengung der Möglichkeit eines Vertrages erscheint einigermaßen unbegründet. Was sollte uns hindern, wenn der Vertrag ein allgemeiner Rechtsbegriff ist[4] und zum Begriff eines Vertrages nichts andres als der Konsens zur Begründung eines Rechtsverhältnisses gehört,[5] überall dort einen Vertrag anzunehmen, wo der Staat auf Grund seiner Herrschaftsrechte nicht einseitig zu verfügen vermag, sondern an die Einwilligung — alias Antrag — der anderen Partei gebunden ist? Doch Laband fürchtet offenbar den radikalen Bruch mit festgewurzelten Rechtsanschauungen und ist lieber ein wenig inkonsequent. Vor allem aber ist es ihm darum zu tun, eine feste Abgrenzung seines staatsrechtlichen Vertrages von dem ihm so außerordentlich verwandten zivilrechtlichen zu bekommen.

Bei diesem Bestreben nimmt er sich sogar der vielgeschmähten Zweck- und Interessentheorie an, obwohl er geschrieben hatte: „Der Zweck, welchem ein Rechtsinstitut dient, liegt jenseits seines Begriffes.“[6] In der Tat ist gar nicht einzusehen, weshalb derjenige, welcher in einem privatrechtlichen Vertrage verspricht, für den Staat in irgendeiner Weise tätig zu sein, seine Dienste nicht „zur Förderung und Durch-

---

[1] Tezner a. a. O. S. 161, 171.
[2] Jellinek, System S. 217.
[3] Schmitthenner a. a. O. S. 315, 16.
[4] Laband a. a. O. I S. 421.
[5] Laband a. a. O. I S. 153.
[6] vgl. Laband a. a. O. I S. 63.

führung staatlicher Aufgaben, zum Wohle des allgemeinen Besten" leisten wird. Wenn nur „durch diese Zweckbestimmung der angelobten Dienste" [1]) der Staatsdienstvertrag sich von anderen analogen Verträgen des Privatrechts unterscheidet, dann ist tatsächlich kein Unterschied zwischen ihnen vorhanden und es könnte wieder wie im 17. Jahrhundert die Diskussion darüber anheben, welche Art eines privatrechtlichen Vertrages wir vor uns haben. Aber so meint es offenbar Laband gar nicht. Freilich sagt er ausdrücklich: „Wegen ihr (der Zweckbestimmung) ist der Vertrag der Beurteilung nach staatsrechtlichen Gesichtspunkten unterworfen und sie allein unterscheidet das Rechtsverhältnis des Staatsbeamten von dem der . . . Beamten der . . . Privatpersonen." [2]) Indes vorher betont er noch einen anderen Unterschied: „Die ersteren stehen in einem Gewaltverhältnis, die letzteren in einem Forderungsverhältnis zu ihrem Dienstherrn." [3]) Rehm [4]) spricht es auch deutlicher aus, daß beide Gesichtspunkte, Zweck und Inhalt des durch den Vertrag begründeten Rechtsverhältnisses, maßgebend sind für die Abgrenzung des staatsrechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen.

Man legt also neben den staatlichen Interessen den Ton auf das Gewaltverhältnis, d. h. man zieht zur Charakterisierung eines Vertrages die Wirkungen desselben heran — Wirkungen, die nicht einmal ausschließlich dem Gebiete des Staatsrechts angehören. Denn Gewaltverhältnisse sind nach Jellinek auch im Privatrecht möglich, und er erklärt klar und deutlich, daß sie auf öffentlich-rechtlichem Vertrage und gesetzlicher Pflicht wie auf privatrechtlichem Vertrage ruhen können. [5]) Rehm führt nach dem Beispiele Rosins als privatrechtliche Gewaltverhältnisse das lehnsrechtliche Herrschaftsverhältnis, das Verhältnis des Kindes zu dem Vater und sogar der Mitglieder irgendeiner Korporation des Privatrechts zu dieser an. [6]) Und das Beamtenverhältnis ist — wieder nach Jellinek — von keiner anderen Natur als die eben genannten. Es steht in seiner Bedeutung auf derselben

---

[1]) vgl. Laband a. a. O. I S. 414.
[2]) Laband a. a. O. I S. 414.
[3]) Laband a. a. O. I S. 404.
[4]) a. a. O. S. 146, 159.
[5]) a. a. O. S. 217 Nr. 1.
[6]) a. a. O. S. 152.

Stufe mit diesen.[1]) Wenn aber das Gewaltverhältnis, das dem Beamtenverhältnis immanent ist, auch auf privatrechtlichem Vertrage ruhen kann, und wenn der Staat auch auf diese Weise sich Dienstleistungen verschaffen kann, dann fällt auch dieses angebliche inhaltliche Unterscheidungsmerkmal des staatsrechtlichen Vertrages weg. Laband kommt zu demselben Resultat durch seine Charakterisierung der Disziplinarstrafe. Er basiert sie nämlich ausschließlich auf der Dienstherrlichkeit und nimmt ihr ihre öffentlich-rechtliche Natur als Ausfluß des staatlichen Herrschaftsrechtes. „Bei den Dienstverhältnissen **oder** Gewaltverhältnissen tritt an die Stelle der Forderung der Befehl, und an die Stelle der Klage der Zwang." Die Analogie mit den Lehnsverhältnissen des Mittelalters, mit dem Züchtigungsrecht der Eltern und Lehrherren, dem Recht des Schiffsführers gegen die Mannschaft [2]) beweisen vollends, daß er der Auffassung Jellineks nicht so fern steht. Dann gleicht aber auch sein Staatsdienstvertrag dem des Privatrechts wie ein Ei dem anderen. Dabei ist noch sein Versuch als gescheitert zu betrachten, den Nachweis der vertraglichen Grundlage des Staatsdienstes durch die Bezeichnung der Disziplinarstrafe als stellvertretende Kontraktsklage auf Leistung zu erbringen. Denn sie ist auch dort vorhanden, wo jemand seine Dienste dem Staat nur auf Grund der allgemeinen Untertanenpflicht leistet, wie z. B. bei den Soldaten.

Tatsächlich ist die Geltendmachung der Rechte des Staates gegen den Beamten — ausschließlich Befehl und Zwang an Stelle von Forderung und Klage — das einzige, wodurch sich das Dienstverhältnis des Staatsdieners von dem des kontraktlichen Dieners unterscheidet. Aber damit ist nur die öffentlich-rechtliche Natur des Staatsdienstverhältnisses bewiesen: Gewisse Wirkungen desselben werden öffentlich-rechtlich behandelt. Folgt daraus, daß ein eventueller Vertrag, der ihm zugrunde liegt, notwendig ein öffentlich-rechtlicher sein müßte? Keineswegs. Denn sonst müßte z. B. die Verfügung, durch welche ein Patentrecht begründet wird, ein Rechtsgeschäft des Privatrechts sein, weil die Wirkungen dieses Rechts privatrechtliche sind.[3])

---

[1]) a. a. O. S. 218.

[2]) Laband a. a. O. I S. 455.

[3]) vgl. O. Mayer, Archiv III S. 56 ff.

Wir haben also noch immer kein Kriterium des staatsrechtlichen Vertrages, an dem wir ihn von dem privatrechtlichen unterscheiden könnten. Auch die Erklärung Seydels[1]) kann nicht befriedigen, der es darin sieht, „daß das öffentliche Recht aus öffentlichem Interesse bebestimmend in den Vertragsinhalt eingreift". Denn da dies sehr oft auch dann der Fall ist, wenn offenbar privatrechtliche Verträge vorliegen, wie z. B. wenn der Staat als Fiskus Verträge mit dem Publikum abschließt (als Inhaber der Postanstalt, der Eisenbahn usw.), so ist diese Unterscheidung unbrauchbar. Wir stehen demnach vor dem Resultat, daß uns die Vertreter der Vertragstheorie eine ausreichende Erklärung ihres staatsrechtlichen Vertrages schuldig geblieben sind. Da drängt sich denn die Frage auf: Ist überhaupt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen dem Staat und den Untertanen möglich?

Die Bejahung dieser Frage würde die Gleichartigkeit der in Betracht kommenden Kontrahenten voraussetzen. Nun ist gesagt worden, diese Gleichartigkeit liege bei Staat und Untertanen für die Eingehung des Staatsdienstverhältnisses vor, insofern dem Staatsbürger durch die Anerkennung des status libertatis rechtliche Unabhängigkeit gegeben ist. Dies ist jedoch zu bestreiten. Denn die Handlungsfreiheit des einzelnen innerhalb der durch das Gesetz bestimmten Sphäre zugegeben, treten sich doch nicht Staat und Individuum auf allen Gebieten als völlig gleichartig gegenüber. Gerade das Staatsdienstverhältnis beweist dies am besten. Der Staat kann sich eine Organperson bestellen, aber ist wohl das Umgekehrte möglich? Gerade an der Eventualität, die Parteirollen zu vertauschen, läßt sich die Gleichartigkeit der Parteien erweisen. Damit ist durchaus nicht jede Möglichkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ausgeschlossen. Es bleibt noch das große Gebiet des Vermögensrechts, auf dem der Staat mit den Untertanen sowohl privatrechtliche wie publizistische Verträge schließen kann. Staatsrechtliche Verträge sind ferner möglich zwischen Staat und Gemeinde. Aber ausgeschlossen bleiben die Verhältnisse, für die die Ungleichartigkeit von Gesamtpersonen und Individualpersonen gerade wesentlich erscheinen. „Gleichartig können sich Gesamtpersonen und Individualpersonen einzig und allein auf demjenigen

[1]) Bayr. StR. III S. 326.

Rechtsgebiete gegenüberstehen, für welches ihr Wesensunterschied nicht in Betracht kommt.“ [1])

V. Läßt sich ein Vertrag aus dem Gesetz oder der Form der Anstellung nachweisen?

Würde überhaupt der Wille des einzelnen in den von den Vertragstheoretikern angeführten Fällen bei der Begründung des Rechtsverhältnisses als mitwirkend in Betracht kommen — und nur dann könnte von einem Vertrage gesprochen werden — so müßte sich dies entweder aus dem Gesetz oder der Form der entsprechenden Rechtshandlungen erkennen lassen. Die Gesetze aber bieten dafür nicht den geringsten Anhalt. Die Aushändigung der Bestallungsurkunde, die von einigen Gesetzen zur Entstehung des Beamtenverhältnisses gefordert wird, kann keinesfalls als solcher betrachtet werden. Sie ist vielmehr gleichbedeutend mit der Zustellung, wie sie gewöhnlich für die Wirksamkeit obrigkeitlicher Verfügungen notwendig ist, die an eine individuell bestimmte Person gerichtet sind. Dies zeigt sich vor allem darin, daß die Aushändigung lediglich nach den allgemeinen Vorschriften über die Insinuation derartiger Urkunden zu beurteilen ist, was auch Laband, wenn er es für die Naturalisationsurkunde zugibt,[2]) nicht bestreiten wird. Also ist es möglich, daß das Bestallungsreskript an die Angehörigen oder Hausgenossen ausgehändigt werden kann, wodurch das Beamtenverhältnis perfekt würde. Diese Wirkung wäre jedoch ausgeschlossen, wenn die vorbehaltlose Annahme zur Perfektion des Staatsdienstvertrages notwendig wäre. Denn dann ist ja der Beamte gar nicht in die Lage gekommen, seine Willenserklärung durch konkludente Handlung abzugeben, und die Zustellung müßte ohne rechtliche Folgen geblieben sein. Hier, wie bei den nachfolgenden Ausführungen zeigt sich übrigens die praktische Bedeutung unserer Streitfrage. Wenn der Ernannte verreist ist, erkrankt ist, oder in der Krankheit stirbt, ist er dann trotzdem mit der Zustellung der Bestallungsurkunde, an deren Annahme er persönlich verhindert war, Beamter geworden?

Bei dieser Gelegenheit ist noch ein anderer Punkt zu erwähnen. Es wird von den Anhängern der Vertragstheorie immer so dargestellt

---

[1]) vgl. Preuß a. a. O. S. 84 ff.

[2]) Laband a. a. O. I S. 153 Nr. 4.

als ob die Zurückweisung der Bestallungsurkunde die Ernennung ohne weiteres unwirksam mache. Allein bisher ist man uns den Beweis für diese Behauptung schuldig geblieben, und es erscheint die Warnung Otto Mayers nicht ganz unberechtigt, es solle sich nicht etwa jemand, gestützt auf die Vertragstheorie, schweren Enttäuschungen aussetzen.[1]) Im Gegenteil ist zu betonen, daß erst mit der Rücknahme der Ernennung die Anstellung aufgehoben wird. Der Ernannte muß in jedem Falle anfechten, eine Vertragsofferte, die er nach Belieben zurückweisen könnte, liegt nicht vor. Wie würde sich auch damit der Umstand vereinigen lassen, daß einige Gesetze, wie wir gesehen haben, ausdrücklich die Beamtenqualität bereits mit der Ausfertigung der Bestallung entstehen lassen? Ein Vertrag, bei dem der Willenserklärung einer Person bereits eine solche Wirkung beigelegt wird, ist eben kein Vertrag. Vielmehr haben wir es dann mit einem einseitigen Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechts zu tun, einem einseitigen Willensakt der Verwaltung, und dies ist ja auch nach Laband die Verfügung. Das hindert jedoch Seydel[2]) nicht, in einem Atemzuge den Vertrag für die „einzig mögliche Begründungsform des öffentlichen Dienstverhältnisses“ zu erklären und den Stand des Staatsdieners durch die Anstellungsentschließung entstehen zu lassen! Wie reimt sich das zusammen? Es ist überhaupt auffällig, daß gerade bei der Begründung des Staatsdienstes der Annahme des amtlichen Schriftstückes eine solche materiell-rechtliche Bedeutung beigelegt wird. Sonst ist die Behändigung gleich Zustellung, Bekanntmachung, hier wird sie plötzlich zur Willenserklärung. Ein Beweis für die Richtigkeit dieser petitio principii kann, wie gesagt, aus dem Gesetze nicht geführt werden.

Aber da ist ja noch die Kapitulation, auf die Rehm — wie man ihm nachfühlen kann — als Beweismittel für seine Theorie so außerordentlich großen Wert legt.[3]) Und in der Tat, die Bestimmungen über Kapitulation sprechen ausdrücklich vom Abschluß eines schriftlichen Vertrages, durch welchen sich die Mannschaften zum Weiterdienen auf bestimmte Zeit verpflichten. Wüßte man nur nicht, daß die Ausdrucksweise der Gesetze, besonders die militärischer Erlasse

[1]) vgl. Archiv III S. 64.

[2]) Bayr. StR. III S. 342.

[3]) vgl. Ann. 1885 S. 129.

so unbeabsichtigt und schwankend ist, daß auf sie allein kein Beweis aufgebaut werden kann! Möglicherweise bekundet sie nur, wie O. Mayer sagt,[1]) „bei welchem Universitätslehrer der Rat, der den Text entwarf, seinerzeit Staatsrecht gehört hat"! Die Erklärung des Kapitulanten stellt aber nichts weiter dar als die Einwilligung, wie sie auch sonst für die Begründung des Staatsdienstes notwendig ist, nur hier wegen der Größe der versprochenen Dienste in einer besonders strengen Form.[2]) Es soll eine Überstürzung vermieden werden, weil nicht nur über die Freiheit, sondern auch über das Leben — das höchste Gut, das der Mensch zu vergeben hat — verfügt wird. Die Erklärung enthält außerdem die förmlich ausgesprochene Bitte um die behördliche Aktion, welche erst der rechtserzeugende Akt ist. Er wird Bestätigung genannt, weil eigentlich kein neues Rechtsverhältnis begründet, sondern nur das alte weiter fortgesetzt werden soll. Gleichzeitig stellt er die Anstellung dar, die den Soldat zum Staatsdiener macht. Wäre die Kapitulation ein Vertrag, dann müßte sie wegen Irrtums, Geschäftsunfähigkeit usw. anfechtbar bezw. nichtig sein.[3]) Tatsächlich ist der Kapitulant jedoch an seine Erklärung auf alle Fälle gebunden, und zwar nicht nur für die festgesetzte Zeit, sondern bei einer Mobilmachung noch darüber hinaus. Immer beendet auch erst der Entlassungsakt der Behörde den Dienst.[4])

Sehen wir uns die Form der Ernennungsverfügung an, so hat auch sie nichts Ermutigendes für die Annahme eines Vertrages. Die mitgeteilte Probe zeigt dies genügend. Aber es ist Laband zuzugeben, daß diese Äußerlichkeit nicht sehr erheblich ist. Wir wollten auch nur feststellen, daß sich aus der Form des Ernennungsdekrets nichts für die Vertragstheorie ergibt, daß dagegen die Vermutung für den einseitigen Hoheitsakt streitet. Ist aber die Möglichkeit des Diensteintritts auf andere Weise als durch Aushändigung einer Bestallungsurkunde gegen unsere Theorie zu verwerten? Durchaus nicht. Laband sagt selbst, daß für die Verfügung eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben ist. Eher würden darin Schwierigkeiten für die Konstruktion eines Vertrages liegen, weil die Bestimmung des Zeitpunktes für den sogen.

---

[1]) VerwR. II S. 322 N. 3.

[2]) Meyer, Ann. 1878 S. 384 und 1880 S. 350, 351.

[3]) Arndt, Reichsstaatsr. S. 555.

[4]) Arndt a. a. O. S. 557.

Vertragsschluß außerordentlich unsicher würde. Es ist aber zu bestreiten, daß dort, wo für die Entstehung des Beamtenverhältnisses die Aushändigung der Bestallungsurkunde jus cogens ist, die Beamtenqualität eher, etwa mit dem Amtsantritt, entstehen könnte.[1]) Das kann so wenig geschehen, als der Ausländer, der seinen Aufenthalt im Deutschen Reich genommen hat, vor der Aushändigung der Naturalisationsurkunde die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat. Wo aber zwingende Formvorschriften nicht bestehen, da ist allerdings die Anstellung durch konkludente Handlungen möglich. Auch darin kann eine Verfügung liegen.

Die Verfügung als obrigkeitlicher Willensakt wirkt durch sich selbst, d. h. sie hat ohne weiteres diejenigen Wirkungen, die die öffentliche Rechtsordnung an sie geknüpft hat. Ihre volle Wirksamkeit kann durch Reservationen, Nebenabreden usw. nicht gehindert werden. Daher ist sie imstande, Rechtsverhältnisse selbst dort zu begründen, wo der ausgesprochene oder stillschweigende Wille der Verwaltung diese Wirkung ausschließen wollte. Dieser Grundsatz ist auch für die Begründung des Staatsdienstverhältnisses durch das Reichsgericht gegenüber dem Oberverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 10. 2. 1896 anerkannt worden.[2]) Es ist damit ein Argument für die Richtigkeit unserer Theorie geschaffen worden, das von eminenter Bedeutung ist; mit der Vertragstheorie ist jene Entscheidung nicht in Einklang zu bringen. Sie erklärt nämlich, daß die Verfügung, in welcher Form sie auch zum Ausdruck kommen möge, immer und allein die rechtlich erhebliche Tatsache ist, von der die Gestaltung des Rechtsverhältnisses abhängig ist, und neben der alle sonstigen Erklärungen usw., soweit sie der Verfügung widersprechen, irrelevant sind. Ein Vertrag aber wäre dann mangels Willenseinigung nicht zustande gekommen. Die Willenserklärung durch die konkludente Handlung der Aushändigung der Bestallungsurkunde bezw. durch die Einfügung in den Beamtenorganismus wäre bedeutungslos gegenüber dem in einem etwaigen Nebenvertrage usw. geäußerten Willen der Parteien. Und doch legt das Reichsgericht gerade jener die entscheidende Bedeutung bei. Damit hat es gleichzeitig die Theorie des einseitigen Staatsaktes anerkannt.

---

[1]) Laband, Arch. 18 S. 80.

[2]) vgl. auch Entsch. des RG. in Zivilsachen Bd. 28 S. 83.

Nur mit dem Wesen der Verfügung läßt sich seine Beweisführung vereinigen.[1])

VI. Läßt sich ein Vertrag aus dem Inhalt des Rechtsverhältnisses nachweisen?

Wir haben noch zu untersuchen, ob sich etwa aus dem Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen Staat und Beamten irgend etwas für die Annahme eines Vertrages herauslesen läßt. Daß das Disziplinarbestrafungsrecht dafür nicht zu verwenden ist, wurde schon gezeigt. Jellinek führt nun aus, daß gewisse ethische Pflichten, wie Treue usw., die mit dem Staatsdienstverhältnis entstehen, notwendig auf einem Vertrage beruhen müßten, weil sie sich nicht erzwingen ließen, sondern freiwillig versprochen werden müßten.[2]) Demgegenüber hat schon Tezner darauf hingewiesen, daß auch der Soldat die Pflicht „der Treue und Hingebung bis zur Selbstaufopferung" habe, obwohl seine Dienstleistungen doch lediglich in der allgemeinen Untertanenpflicht ihren Grund haben.[3])

Weiter wird zugunsten des Vertrages angeführt, daß auch die Dauer der Dienstzeit in den Willen des Beamten gestellt sei. Zunächst ist dies keineswegs überall der Fall. Das allgem. preuß. Landrecht II Bd. 10 §§ 95, 96 bestimmt ausdrücklich, daß die Entlassung verweigert werden kann, wenn daraus ein erheblicher Nachteil für das gemeine Beste zu besorgen ist. Ein prinzipielles Recht des Beamten, die Entlassung zu verlangen, ist damit durchaus nicht geleugnet. Es ergibt sich einfach daraus, daß ebenso wie die Begründung des Staatsdienstverhältnisses seine Einwilligung zur Voraussetzung hat, auch dessen Dauer von ihr abhängig ist. Aber ebensowenig als die stattgehabte Ernennung durch Zurückweisung der Bestallungsurkunde ohne weiteres hinfällig wird, ebensowenig hat der Antrag auf Entlassung die sofortige Auflösung des Dienstverhältnisses zur Folge. Diese erfolgt vielmehr erst durch eine entsprechende Verfügung der Behörde, von der die Anstellung ausgegangen ist. Verfügt sie die Entlassung nicht, so bleibt der Beamte in seinem Dienstverhältnis, auch wenn ihm damit unrecht geschehen sollte. Auch hier zeigt sich die ein-

---

[1]) vgl. Preuß a. a. O. S. 387 ff.

[2]) System S. 211.

[3]) Tezner a. a. O. S. 171.

seitig bindende Kraft des Staatsaktes, welches das Staatsdienstverhältnis von Anfang bis zu Ende beherrscht.[1]) Wo bleibt aber das Kündigungsrecht, das doch wenigstens nach heutiger Rechtsanschauung ein unlösbar mit Verträgen über persönliche Dienste verbundenes Recht ist? Das sogar, wenn nichts anderes bestimmt ist, beiden Teilen in gleicher Weise zustehen müßte? Was bei der Entlassung des Beamten wie Kündigung aussieht, stellt sich lediglich „als die Geltendmachung eines Anspruchs auf behördliche Aktion" dar.[2])

Laband läßt aus dem Vertrage auch noch die vermögensrechtlichen Ansprüche entspringen, was bereits Jellinek mit dem Hinweis darauf zurückgewiesen hat, daß Gehaltsänderungen durch Gesetze erfolgen, also ohne Zustimmung des Beamten.[3]) Für unsere Konstruktion ist es übrigens gleichgültig, welcher Natur diese Ansprüche sind, da durch Verwaltungsakt sowohl private wie öffentliche Rechte begründet werden können.[4]) Die Vertragstheorie muß da entweder einen privatrechtlich-staatsrechtlich gemischten Vertrag von zweifelhafter Güte annehmen oder die privatrechtliche Natur des Alimentationsanspruchs leugnen. Im letzten Falle wird dann eine kleine Novation vorgenommen, wenn er von den Erben des Beamten geltend gemacht wird. Denn öffentliches Recht kann nicht Gegenstand des Erbrechts sein.[5]) Im übrigen geben auch die Anhänger der Vertragstheorie zu, daß sich aus dem Inhalt des Staatsdienstverhältnisses nichts für seine Entstehung durch Vertrag entnehmen läßt. Sie haben dafür eine Formel: Der Wille des Staatsdieners wird mit dem Abschluß des Vertrages in seiner Wirkung für das Rechtsverhältnis konsumiert![6])

VII. Wirkung der Vertragstheorie auf die Begriffsbestimmung des Staatsdienstes.

Das Resultat unserer Untersuchung ist also folgendes: Weder ließ sich die besondere Natur des Staatsdienstvertrages aus den Angaben seiner Verteidiger nachweisen, noch erhellt die Begründung des

[1]) vgl. Preuß a. a. O. S. 97; Mayer, VerwR. II S. 231.

[2]) Jellinek, System S. 213.

[3]) System S. 212.

[4]) vgl. Preuß a. a. O. S. 107.

[5]) Jellinek a. a. O. S. 66.

[6]) Rosin, Ann. 1884 S. 299.

Staatsdienstes durch Vertrag aus Gesetz, Form der Anstelluug und Inhalt des Staatsdienstverhältnisses. Wir haben zum Schluß noch auf die seltsame Unterscheidung hinzuweisen, die sich aus der Vertragstheorie für die Begriffsbestimmung des Staatsdienstes ergibt.

Es ist selbstverständlich nur möglich, die Begründung des Staatsdienstes durch Vertrag zu erklären, wenn sich der Eintritt in den Staatsdienst auf eine freiwillig abgegebene Willenserklärung gründet. Das kann aber natürlich nicht dort der Fall sein, wo die Dienstleistung in Erfüllung einer gesetzlichen Untertanenpflicht erfolgt und auf die Verweigerung Strafen gesetzt sind. Daher kommen diejenigen Schriftsteller, welche die Vertragstheorie konsequent durchführen, in die unangenehme Lage, eine große Anzahl von Beamten ihrer Staatsdienereigenschaft entkleiden zu müssen,[1] was, wie schon früher gezeigt, vollständiger Widersinn ist. Man mache sich doch einmal klar: wenn — so undenkbar ist es nicht! — heute für jeden Staatsbürger eine prinzipielle Pflicht zum Eintritt in den Staatsdienst statuiert werden würde, etwa mit der Bestimmung, daß von diesem Zwangsrecht nur im Falle eines dringenden staatlichen Bedürfnisses Gebrauch gemacht werden solle, so würde es von diesem Augenblick an nach der Lehre Labands und Genossen außer den etwa freiwillig eintretenden überhaupt keine Beamten mehr in Deutschland geben! Und welche Ungeheuerlichkeiten ergeben sich aus ihr schon bei dem Stande der heutigen Gesetzgebung! Auf einige ist schon hingewiesen worden. Hier sei noch erwähnt, daß die meisten Beamten der Selbstverwaltung im allgemeinen auf Grund der allgemeinen Untertanenpflicht ihr Amt versehen, also durch einseitigen Staatsakt berufen sein müßten, wenn sie aber von den Ablehnungsgründen, die ihnen etwa zur Seite stehen, keinen Gebrauch gemacht hatten, auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Vertrages Beamte wären! Man wüßte schließlich gar nicht mehr, wer eigentlich Beamter ist, sondern müßte sich immer erst erkundigen, ob der Betreffende freiwillig oder unfreiwillig in den Staatsdienst eingetreten ist.

Da sucht nun Seydel zu helfen, indem er allen, die im Staatsdienstverhältnis stehen, ihre Beamteneigenschaft läßt und zwei verschiedene

---

[1]) So Rehm a. a. O. S. 160.

Begründungsarten für den Staatsdienst annimmt.[1]) Der Wert dieser Taktik wird am besten gekennzeichnet durch einen Satz, der von Laband stammt, wobei wir nur für die Worte „Privatbeamte" und „öffentliche Beamte" die entsprechenden „Berufsbeamte" und „Ehrenbeamte" einsetzen: „Gibt es eine Masse von Ehrenbeamten, welche hinsichtlich ihrer dienstlichen Pflichten und Befugnisse, ihrer Amtsverrichtungen . . . usw., unter ganz gleichartigen Regeln stehen, wie sie für die Berufsbeamten gelten, so muß es auch einen Grundbegriff des Beamten und des Beamtenverhältnisses geben, welcher auf beide Kategorien anwendbar ist, und eine andere Theorie, welche nur für einen Teil der gesamten Beamtenschaft Geltung haben kann, ist wissenschaftlich ohne Wert; denn die Dogmatik soll den Einheitspunkt in der Mannigfaltigkeit der tatsächlichen Erscheinungen ergründen." [2]) Kann man sich eine treffendere Begründung unseres Standpunktes denken? Wem aber die Stellung der Berufs- und Ehrenbeamten noch nicht gleichartig genug erscheint, der denke daran, daß Laband und Seydel zu den Staatsdienern auch diejenigen Ehrenbeamten rechnen, für deren Amt keine Annahmepflicht besteht, die sich also ganz gewiß nicht ihrer Stellung nach von den übrigen Ehrenbeamten unterscheiden. Schade daß Laband jenen Satz nur richtig findet, wenn es sich darum handelt, öffentliche Beamte und Privatbeamte unter einen Hut zu bringen, obwohl diese beiden doch zwei so verschiedenen Herren dienen, wie es der Staat und die Privatperson sind. Schade wie gesagt. Vielleicht hätte er sonst doch noch eingesehen, daß es unwissenschaftlich und unpraktisch zugleich ist, die Einheit des deutschen Beamtentums auseinanderzureißen, um darauf die Theorie des Staatsdienstvertrages aufbauen zu können!

§ 4.

Die Übertragung eines Staatsamtes.

„Staatsamt ist ein durch das öffentliche Recht begrenzter Kreis staatlicher Geschäfte." [3]) Diese Definition, wie sie allgemein gebräuchlich ist, ist insofern nicht erschöpfend, als viele Ämter, z. B. solche, die

---

[1]) vgl. Bayr. Staatsrecht III S. 333.

[2]) Laband, Archiv XXVIII S. 76.

[3]) Laband a. a. O. I S. 383.

nur vorübergehend bestehen, oder solche, die eine gewerbliche Tätigkeit zum Inhalt haben, nicht durch Rechtsvorschriften abgegrenzt sind.[1]) Zutreffender definiert es Sarwey als „die Summe der vermöge öffentlichen Auftrags einem einzelnen obliegenden Pflichten und der hiermit verbundenen Befugnisse zur Verwirklichung des Staatswillens auf einem bestimmten Lebensgebiet".[2])

Wir haben bereits gesehen, daß das Amt zu dem eigentlichen Staatsdienst nur insoweit in Beziehung steht, als die Anstellung im Staatsdienst regelmäßig zum Zweck der Übertragung eines Amts geschieht. Im übrigen aber ist die Führung eines Staatsamtes unabhängig von der Zugehörigkeit zum Beamtentum. Damit ist zweierlei gesagt: einmal, daß ein Staatsamt auch derjenige haben kann, der nicht Beamter ist. Denn es kann sowohl dem übertragen werden, der in einem privaten Dienstverhältnis, wie dem, der überhaupt in keinem Dienstverhältnis steht. Für ihn haben wir keine besondere Bezeichnung, weil ein Bedürfnis dazu wegen der gewöhnlich kurzen Dauer seines Amts nicht vorhanden ist. Dann, daß Anstellung im Staatsdienst und Übertragung eines Staatsamtes nicht identisch sind. Doch besteht, was die juristische Natur dieser beiden Akte betrifft, kein Unterschied zwischen ihnen. Denn beide sind einseitige Willensäußerungen der Verwaltung, was wenigstens für die Übertragung eines Staatsamtes unbestritten ist.[3]) Sie können miteinander zu einem Akt verbunden werden, wie es bei der Ernennung der Ehrenbeamten regelmäßig geschieht, wobei ihnen die Gleichartigkeit ihres Wesens zu statten kommt. Die Vertragstheorie zerstört die Einheitlichkeit dieses Verwaltungsaktes, indem sie ihn in dem einen Teile für einen staatlichen Hoheitsakt, in dem andern für eine Vertragsofferte erklärt — also in zwei heterogene Teile auseinanderreißt.[4])

Zur Übernahme eines Staatsamtes besteht immer eine Verpflichtung, sei es, daß diese sich wie beim Geschworenen auf das Gesetz, sei es, daß sie sich wie beim Beamten auf die Dienstpflicht gründet. Hierauf ist vielleicht auch der Irrtum von der allgemeinen Staatsdienstpflicht der Untertanen in einer Zeit, in der man den Eintritt in den Staatsdienst und die Übertragung eines Staatsamtes noch nicht

---

[1]) vgl. Mayer, VerwR. S. 199 Note 6; Arndt a. a. O. S. 636.

[2]) Sarwey a. a. O. II S. 256.

[3]) vgl. Laband a. a. O. I S. 421.

[4]) vgl. G. Meyer a. a. O. S. 505 Note 2.

auseinanderhielt, zurückzuführen. Es sei noch einmal erwähnt, daß auch dort, wo formell die Übernahmeerklärung gefordert wird, ein Zwang zur Übernahme so weit besteht, als er überhaupt bestehen kann. Die Gebundenheit des Willens des Amtsinhabers zeigt sich auch später noch in dem Recht des Staates, ihn nach Belieben in ein anderes Amt zu versetzen, ihm das Amt einstweilig oder dauernd zu entziehen, soweit dies nicht dem begründeten Dienstverhältnis oder Beschränkungen, die der Staat sich selbst im Interesse der Unabhängigkeit der Verwaltung und besonders der Rechtspflege auferlegt hat, widerspricht. Die Übertragung des Amtes erteilt dem Betreffenden den Auftrag zur Ausübung staatlicher — nicht notwendig obrigkeitlicher — Funktionen und die Vollmacht zur Stellvertretung des Staates Dritten gegenüber. Gleichzeitig entsteht die Amtspflicht. Die Übertragung wird dem Ernannten gegenüber wirksam mit der Kundgabe an ihn, wie jeder Verwaltungsakt. Wo aber eine Übernahmeerklärung notwendig ist, ist die Wirksamkeit durch diese bedingt.

Schluß.

So haben wir sowohl in der Anstellung im Staatsdienst wie in der Übertragung eines Staatsamtes ein Stück staatlicher Tätigkeit kennen gelernt, welches seine Kraft unmittelbar aus dem Imperium des Staates nimmt. Es entspricht der Machtfülle, welche wir dem Staate zuzuschreiben pflegen, daß wir Äußerungen seiner Herrschergewalt vor allem dort annehmen dürfen, wo er sich selbst Organe setzt, durch die er tätig wird. Die moderne Entwicklung geht immer mehr dahin, in dem Tätigwerden des Staates auch auf den Gebieten, auf denen er bisher als Privatperson erschienen ist, öffentlich-rechtliche Handlungen zu erblicken.[1]) Es hängt dies zusammen mit dem Bestreben, den Machtbereich des Staates mehr und mehr zu erweitern, damit er helfend und fördernd in die Lebensverhältnisse seiner Angehörigen eingreifen könne. Der heutige Verfassungsstaat bietet mehr oder weniger ausreichende Garantien dafür, daß der Staatsgewalt der Mißbrauch ihrer Macht, wenn nicht unmöglich gemacht, so doch

[1]) vgl. die Ausführungen Mayers über den französischen contrat administratif Archiv III S. 15 ff. und Jellinek, System S. 219.

bedeutend erschwert ist. Zu ihnen gehört die Anerkennung des status libertatis, die es dem Staate zur Pflicht macht, sich der Einwilligung des einzelnen dort zu versichern, wo er in seine Freiheitssphäre eingreifen muß, ohne daß eine gesetzliche Ermächtigung zu solchem Eingriff vorliegt. Die Tätigkeit des Staates in diesen Fällen als mitwirkend, nicht wie wir es sonst von ihm im Gebiete des öffentlichen Rechts gewöhnt sind, alleinwirkend aufzufassen, erscheint ebenso überflüssig wie der geschilderten Entwicklung entgegenlaufend. Selbst einer der eifrigsten Verteidiger der Vertragstheorie [1]) sieht sich zu folgendem Geständnis genötigt, und mit seinen Worten wollen wir schließen:

> „Je weiter die Erkenntnis der überragenden Natur des Staates schreitet, desto mehr tritt der Vertragscharakter der Verwaltungsakte zurück: sie werden zu eventuell durch die Zustimmung derjenigen, an welche sie gerichtet sind, bedingten Verfügungen."

[1]) Jellinek, System S. 219.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Alfred Cassirer, bin am 14. 9. 1882 zu Kattowitz (Oberschlesien) als Sohn des Kaufmanns Ludwig Cassirer und dessen Ehefrau Doris geb. Sorauer geboren. Ich bin mosaischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Bis zum Jahre 1902 besuchte ich das Gymnasium meines Heimatsortes Kattowitz und bezog nach bestandenem Abiturium die Universität, um Rechtswissenschaft zu studieren. Ich studierte an den Universitäten Berlin (2 Semester), Freiburg (1 Semester) München (1 Semester), Breslau (2 Semester) und hörte während dieser Zeit Vorlesungen bei den Herren Professoren:

Hellwig, Kipp, v. Liszt, Wagner, Wolff, Kohler, Schollmeyer, Jastrow, Bornhak, Mendel, Rümelin, Rosin, Schmidt, Stutz, Schulze-Gävernitz, v. Seuffert, Gareis, Hellmann, Ullmann, v. Mayr, Brie, Dahn, Engelmann, Gretener, Jörs, Sombart.

Am 11. 12. 1905 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und am 19. 1. 1906 das mündliche Doktorexamen in Breslau. Als Referendar wurde ich dem königl. Amtsgericht Peiskretscham überwiesen und am 1. 2. 1906 daselbst vereidigt.